Lehrbuch

des

Deutschen Strafrechts.

Von

Dr. Hugo Meyer,
ordentlichem Professor der Rechte in Tübingen.

Vierte, umgearbeitete Auflage.

Erlangen 1888,
Verlag von Andreas Deichert.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.

„Gesetze sind wie Arzneien; sie sind gewöhnlich nur Heilung einer Krankheit durch eine geringere oder vorübergehende Krankheit.“

Fürst v. Bismarck
im preußischen Herrenhause 1872.

Vorwort.

Wider Erwarten spät ist die vierte Auflage dieses Buches fertig geworden, und wider Erwarten umfangreich hat sich der besondere Theil desselben gestaltet. Nur auf diese Weise aber ist das richtige Verhältniss zwischen dem allgemeinen und dem besonderen Theile hergestellt worden, dessen lange vernachlässigte Pflege sich schon die erste Auflage dieses Buches angelegen sein liess, der aber eingehender behandelt werden musste, als dies in den früheren und insbesondere in der dritten Auflage der Fall war.

Als hervorstechendste Neuerung der jetzigen, völlig umgearbeiteten Darstellung ist die veränderte Eintheilung sowohl des allgemeinen wie des besonderen Theils zu nennen. Was nämlich den allgemeinen Theil betrifft, so konnte es dem Verfasser nicht als richtig erscheinen, die Eintheilung desselben auf den Unterschied des subjectiven und des objectiven Strafrechts zu gründen. Wohl aber bot sich als entscheidender Gesichtspunct dar, dass es sich im allgemeinen Theil des Strafrechts theils um die Voraussetzungen der Strafbarkeit, theils um die Strafbarkeit selbst handelt, wobei unter den Voraussetzungen der Strafbarkeit die rechtlichen Voraussetzungen (oder das Strafgesetz) und die thatsächlichen Voraussetzungen (vor Allem, aber nicht ausschliesslich, das Delict selbst) erscheinen. Und auch in der

Eintheilung des besondern Theils ist der Verfasser zu der alten Zweitheilung der Delicte, und zwar in Delicte gegen die persönlichen und in Delicte gegen die allgemeinen Rechtsgüter zurückgekehrt, eine Eintheilung, die sich dann als völlig richtig darstellt, wenn man als persönliche Rechtsgüter nicht diejenigen ansieht, deren Subject eine einzelne (physische) Person sein muss, sondern diejenigen, bei welchen dies entweder stets oder doch möglicherweise der Fall ist.

Ausserdem möchte der Verfasser auf die Untersuchung über den Begriff der Strafe verweisen, durch welche seines Erachtens zugleich der Zweck der Strafe in das richtige Licht gestellt wird und wonach Vieles von dem so lebhaft geführten und verwirrenden Streite der Strafrechtstheorieen sich als unnütz und missverständlich herausstellt. Ferner auf das über den Anfangspunkt des Versuches Gesagte, das sich ihm trotz erfolgten Widerspruches sowohl im Allgemeinen, wie bei den einzelnen Delictsarten völlig bewährt hat und sich zugleich auch für den Unterschied von Mitthäterschaft und Beihülfe sowie für die Frage vom Kausalzusammenhange als fruchtbar erweist. Endlich mag erwähnt sein, dass fast alle Lehren des allgemeinen und besonderen Theils Veränderungen und Ergänzungen erfahren haben, und dass u. A. im besonderen Theil den einzelnen Delictsgruppen noch mehr als bisher orientirende Gesichtspuncte und allgemeine Grundsätze voraufgeschickt wurden.

Abgelehnt hat der Verfasser auch diesmal die sog. Normentheorie, da er sich nicht davon überzeugen kann, dass es im Sinne des Gesetzes liegt, nicht die Verübung als solche, sondern die schuldhafte Uebertretung der rechtlichen Vorschrift unter Strafe zu stellen. Dennoch lässt sich über

die Richtigkeit der Normentheorie selbst viel eher streiten, als über manche anderen Einseitigkeiten, die sich bei dem Urheber derselben finden und denen mitunter in sehr auffallender Weise die Natur der Sache und die Gerechtigkeit zum Opfer gebracht werden. Abgelehnt wurden ebenso die übertriebenen „Zwecktheorieen“, sei es dass von ihnen das ganze Strafrecht in den Dienst äusserer Zwecke gestellt wird, oder dass man das Strafrecht unter die Herrschaft derartiger Zwecke sozusagen auftheilt und z. B. erklärt, dass ein Theil des Strafrechts von dem Zweck der Sicherung, ein anderer von dem der Abschreckung und ein dritter von dem der Besserung beherrscht werde. Vielmehr hat sich dem Verfasser fortdauernd diejenige Grundanschauung bewährt, die derselbe schon von der ersten Auflage an vertreten hat, dass nämlich die Strafe dem Zweck gerechter Vergeltung zu dienen bestimmt ist, dass aber dieser Zweck auf das Mannigfaltigste durch äussere Rücksichten theils bedingt, theils näher bestimmt wird, eine Anschauung, gegen deren Realismus sich Anfangs mehrfacher Widerspruch erhob, die aber inzwischen in einer Reihe von Einzelfragen mehr und mehr durchgedrungen ist, bis dieselbe freilich in einigen neueren Darstellungen zu Gunsten jener einseitigen Zweckanschauungen in weitestgehender Weise übertrumpft wurde. Allerdings ist danach die Aufgabe der Strafrechtswissenschaft eine weniger glänzende, als nach diesen neuesten Theorieen, da es nicht darauf ankommt, das Ganze des Strafrechts auf neue, der Wirklichkeit widersprechende Grundlagen zu stellen, sondern Einsicht in den Bau des Vorhandenen und Verständniß für das Spiel der in demselben wirksamen Kräfte zu gewinnen.

Schliesslich möchte der Verfasser nicht unerwähnt lassen, dass er hinsichtlich der geschichtlichen Entwicklung des Straf-

rechts Vieles dem Handbuch v. Bar's (Bd. I) verdankt, dessen reichhaltige Mittheilungen es weniger fühlbar machen, dass wir eine eingehende Darstellung der Geschichte des Strafrechts leider noch immer nicht besitzen.

Die Entscheidungen des Reichsgerichts sind, ausser wo dies besonders bemerkt wurde, nach der „Rechtsprechung" angeführt worden.

Tübingen, den 22. September 1888.

H. Meyer.

Inhaltsverzeichniss *).

Einleitung.

Erster Abschnitt.

Das Strafrecht im Allgemeinen.

Seite

§. 1. Die Aufgabe 1
§. 2 (1). Begriff und Arten der Strafe 2
§. 3 (2). Zweck und Rechtsgrund der Strafe 16
§. 4 (3, 22, 72). Voraussetzungen der Bestrafung 28
§. 5 (4). Art und Maß der Bestrafung 47
§. 6 (5). Strafrecht und Strafrechtswissenschaft 56

Zweiter Abschnitt.

Die Geschichte des Strafrechts.

§. 7 (5). Im Allgemeinen 63
§. 8 (6, 7). Das Strafrecht des Alterthums 64
§. 9 (8, 9). Das Strafrecht des Mittelalters 73
§. 10 (10, 11). Das Strafrecht der neueren Zeit 86
§. 11 (11). Das Strafrecht der Gegenwart 102

Dritter Abschnitt.

Quellen und Litteratur.

§. 12 (13, 14). Quellen 118
§. 13 (15). Hülfswissenschaften 124
§. 14 (13). Litteratur 125

Erster oder Allgemeiner Theil.

Die allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze.

§. 15. Im Allgemeinen 135

*) Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Paragraphen der dritten Auflage.

Seite

Erste Abtheilung.

Die Voraussetzungen der Strafbarkeit.

Erster Abschnitt.

Die rechtlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit oder das Strafgesetz.

§. 16 (17). Im Allgemeinen 138
§. 17 (18). Auslegung und Anwendung 142
§. 18 (14). Reichs- und Landesstrafrecht 144
§. 19 (19). Das zeitliche Geltungsgebiet 149
§. 20 (20). Das räumliche Geltungsgebiet 154
§. 21 (21). Ausnahmen von der Geltung der Strafgesetze . . 168

Zweiter Abschnitt.

Die thatsächlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit.

Erstes Buch.

Das Delict oder die strafbare Handlung.

§. 22 (22). Im Allgemeinen 173

Erstes Kapitel.

Der Wille oder die subjective Seite des Delicts.

§. 23 (23). Das Subject des Delictes 180
§. 24 (24, 25). Die Zurechnungsfähigkeit 181
§. 25 (26). Die subjective Verschuldung 192
§. 26 (27, 28). Der Vorsatz 202
§. 27 (29, 30). Die Fahrläßigkeit 217

Zweites Kapitel.

Die That oder die objective Seite des Delicts.

A. Die That als solche.

§. 28 (31). Im Allgemeinen 226
§. 29 (32). Der Kausalzusammenhang 233
§. 30 (33). Die Unterlassung 239

B. Die That hinsichtlich ihrer Vollständigkeit oder die Lehre vom Versuch.

§. 31 (34). Der Versuch im Allgemeinen 246
.§ 32 (35—39). Der Versuch im Einzelnen 254

Seite

C. Die That hinsichtlich ihrer Selbständigkeit oder die Lehre von der Theilnahme.

§. 33 (40, 44). Im Allgemeinen 273
§. 34 (41). Die Mitthäterschaft 284
§. 35 (42). Die Anstiftung 288
§. 36 (43). Die Beihülfe 295
§. 37 (45). Die Begünstigung 301

D. Die That hinsichtlich ihrer Rechtswidrigkeit oder die Lehre von den Schuldausschließungsgründen.

§. 38 (46). Im Allgemeinen 310
§. 39 (46, 47). Im Einzelnen 313
§. 40 (48). Die Nothwehr 327
§. 41 (49). Der Nothstand 337

Zweites Buch.

Die sonstigen thatsächlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit.

Erstes Kapitel.

Positive Voraussetzungen.

§. 42 (61). Im Allgemeinen 348
§. 43 (62). Insbesondere der Antrag 353

Zweites Kapitel.

Negative Voraussetzungen.

§. 44 (69). Im Allgemeinen 374
§. 45 (70). Die Verjährung 378
§. 46 (71). Die Begnadigung 390

Zweite Abtheilung.

Die Art der Bestrafung.

Erster Abschnitt.

Die Strafarten.

§. 47 (50). Im Allgemeinen 397

Erstes Kapitel.

Die Hauptstrafen.

§. 48 (51). Die Todesstrafe 400
§. 49 (52—54). Die Freiheitsstrafen 406

Seite
§. 50 (55). Die Geldstrafe 423
§. 51 (56). Der Verweis 430

Zweites Kapitel.

Die Nebenstrafen.

§. 52 (57). Nebenstrafen an der Freiheit 433
§. 53 (58). Nebenstrafen an der Rechtsfähigkeit 436
§. 54 (59). Nebenstrafen am Vermögen 443
§. 55 (60). Die öffentliche Bekanntmachung der Urtheile . . . 447

Zweiter Abschnitt.

Das Strafmass.

Erstes Kapitel.

Das Strafmaß als solches.

§. 56 (63). Die Strafzumessung 448
§. 57 (64). Die Strafänderung 453
§. 58 (65). Die Strafumwandlung und die Strafanrechnung . . 469

Zweites Kapitel.

Das Strafmaß bei zusammentreffenden Delicten.

§. 59 (66). Die Delictseinheit 476
§. 60 (67). Das Zusammentreffen von Delicten: A. Das ideale Zusammentreffen 484
§. 61 (68). B. Das reale Zusammentreffen von Delicten . . . 497

Zweiter oder Besonderer Theil.

Die einzelnen Delictsarten.

Erste Abtheilung.

Die Delicte gegen persönliche Rechtsgüter.

Erster Abschnitt.

Die Delicte gegen die Person als solche.

Erstes Kapitel.

Die Tödtung der Person.

§. 62 (73). Im Allgemeinen 509
§. 63 (74). Der Mord 512
§. 64 (75). Der Todtschlag 516
§. 65 (76). Die Tödtung auf Verlangen 520
§. 66 (77). Der sog. Kindesmord 522

Seite

Zweites Kapitel.

Die Verletzung der Person.

§. 67 (78). Im Allgemeinen 527
§. 68 (79). Die schwereren Arten 532

Drittes Kapitel.

Die Gefährdung der Person.

§. 69 (80). Im Allgemeinen 539
§. 70 (81). Die Abtreibung 540
§. 71 (82). Die Aussetzung 545
§. 72 (83). Die Vergiftung 549
§. 73 (84). Der Zweikampf 553
§. 74 (85). Der Raufhandel 565

Zweiter Abschnitt.

Die Delicte gegen die Freiheit.

§. 75 (86). Im Allgemeinen 569
§. 76 (87). Die Nöthigung 571
§. 77 (88). Die sog. Freiheitsberaubung 578
§. 78 (89). Der sog. Menschenraub 581

Dritter Abschnitt.

Die Delicte gegen die Ehre.

§. 79 (90). Im Allgemeinen 588
§. 80 (91). Die Beleidigung im engeren Sinn 601
§. 81 (92). Die Verleumdung 607

Vierter Abschnitt.

Die Delicte gegen das Vermögen.

§. 82 (101). Im Allgemeinen 615

Erstes Kapitel.

Die durch Einwirkung auf Sachen begangenen Vermögensdelicte.

§. 83. Im Allgemeinen 619
§. 84 (102). Die Sachbeschädigung 621
§. 85 (103). Die Unterschlagung 628
§. 86 (104). Der Diebstahl 645

Seite
§. 87 (105). Die besonderen Arten des Diebstahls 660
§. 88 (106). Der Raub 678
§. 89 (107). Die Verletzung des Occupationsrechts 685
§. 90 (108). Die sonstigen Delicte 690

Zweites Kapitel.

Die durch Einwirkung auf den Willen begangenen Vermögensdelicte.

§. 91. Im Allgemeinen 695
§. 92 (109). Der Betrug 700
§. 93 (110). Die Erpressung 715

Drittes Kapitel.

Die Verletzung bestehender Schuldverhältnisse.

§. 94 (97, 111). Die sog. Untreue 722
§. 95 (112). Die strafbare Nichterfüllung 727
§. 96 (113). Die Vollstreckungsvereitelung 729
§. 97 (114). Der Bankerott 733
§. 98 (115). Die bankerottähnlichen Fälle 740

Viertes Kapitel.

Die Gefährdung vermögensrechtlicher Interessen.

§. 99 (116). Die Fälle strafbarer Ausbeutung 744
§. 100 (117). Die sonstigen Fälle 753

Fünftes Kapitel.

Die Hehlerei.

§. 101 (118). Die Hehlerei 756

Fünfter Abschnitt.

Die Delicte gegen sonstige persönliche Rechtsgüter.

§. 102 (93). Im Allgemeinen 764
§. 103 (95). Die Verletzung des Personenstandes 765
§. 104 (93). Die Bedrohung 767
§. 105 (94). Der Hausfriedensbruch 770
§. 106 (96). Die falsche Anschuldigung 774
§. 107 (98). Die Verletzung von Geheimnissen 777
§. 108 (99). Die Verletzung des Urheberrechts 781
§. 109 (100). Die Verleitung zur Auswanderung 785

Seite

Zweite Abtheilung.

Die Delicte gegen allgemeine Rechtsgüter.

Erster Abschnitt.

Die Delicte gegen den Staat.

§. 110 (135). Im Allgemeinen 787

Erstes Kapitel.

Die Delicte gegen den Staat in seiner Gesammtheit.

§. 111 (136). Im Allgemeinen 791
§. 112 (137). Der Hochverrath 795
§. 113 (138). Der Landesverrath 802

Zweites Kapitel.

Die Delicte gegen die Organe des Staats.

§. 114. Im Allgemeinen 807
§. 115 (139). Die Delicte gegen das Staatsoberhaupt und verwandte Fälle 807
§. 116 (140). Die Delicte gegen politische Körperschaften . . 812
§. 117 (141). Die Delicte gegen Beamte 814
§. 117[a] (142). Die Delicte gegen das öffentliche Wahl- und Stimmrecht 828

Drittes Kapitel.

Die Delicte gegen die Autorität des Staats.

§. 118. Im Allgemeinen 833
§. 119 (144—146). Die einzelnen Delicte 834

Viertes Kapitel.

Die Delicte gegen die einzelnen Zweige der Staatsgewalt.

§. 120. Im Allgemeinen 844
§. 121 (147). Die Delicte gegen die Rechtspflege 845
§. 122 (148). Die Delicte gegen das Heerwesen 853
§. 123 (149). Die Delicte gegen das Finanzwesen 858
§. 124 (140). Die Delicte gegen die übrigen Zweige der Staatsverwaltung 863

Seite

Fünftes Kapitel.

Die sog. Amtsdelicte.

§. 125 (150). Im Allgemeinen 870
§. 126 (151). Die allgemeinen Amtsdelicte 874
§. 127 (152). Die besonderen Amtsdelicte 883

Zweiter Abschnitt.

Die Delicte gegen den öffentlichen Frieden.

§. 128. Im Allgemeinen 891
§. 129 (123, 124). Die einzelnen Delicte 893

Dritter Abschnitt.

Die sog. gemeingefährlichen Delicte.

§. 130 (120). Im Allgemeinen 901
§. 131 (121, 122). Die einzelnen Delicte 904

Vierter Abschnitt.

Die Delicte gegen den rechtlichen Verkehr.

§. 132 (125). Im Allgemeinen 927
§. 133 (127). Die Delicte an beweiserheblichen Gegenständen . 929
§. 134 (126). Die Delicte am Geld oder die sog. Münzdelicte . 947
§. 135 (128). Die Delicte in Beziehung auf rechtlich erhebliche Aussagen, insbesondere die Eidesdelicte 956

Fünfter Abschnitt.

Die sog. Sittlichkeitsdelicte.

§. 136 (129). Im Allgemeinen 974
§. 137 (130). Die Ehedelicte 979
§. 138 (131). Die sonstigen Sittlichkeitsdelicte 988

Sechster Abschnitt.

Die Delicte gegen die Religion.

§. 139 (132). Im Allgemeinen 1007
§. 140 (133). Die einzelnen Religionsdelicte 1010

Siebenter Abschnitt.

Die Delicte gegen sonstige öffentliche Interessen.

§. 141. Im Allgemeinen 1015
§. 142 (134). Die einzelnen Delicte 1015

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Einleitung.

Erster Abschnitt.

Das Strafrecht im Allgemeinen.[1])

§. 1.

Die Aufgabe.

1) Bevor die Grundsätze des geltenden Strafrechts oder auch nur die Geschichte des Strafrechts zur Darstellung kommen können, sind die Grundbegriffe desselben zu erörtern, deren Feststellung als allgemeine Strafrechtslehre bezeichnet werden kann[2]), am Häufigsten aber Strafrechtstheorie genannt wird.

1) Merkel, kriminalistische Abhandlungen I Leipzig 1867 S. 1 ff. 104 ff ; v. Bar, Grundlagen des Strafrechts Leipzig 1869; Heinze, v. Holtzendorff's Handbuch I Berlin 1871 S. 321 ff.; Binding, die Normen und ihre Uebertretung I Leipzig 1872, das Problem der Strafe (Zeitschrift von Grünhut 1877 S. 417 ff.); Laistner, das Recht in der Strafe München 1872; Kitz, Princip der Strafe Oldenburg 1874; Seber, Gründe und Zwecke der Strafe Göttingen 1876; Jellinec, die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe Wien 1878; Mittelstädt, gegen die Freiheitsstrafen Leipzig 1879, Zeitschrift für Strafrechtswiss. 1882 S. 442 ff.; Hertz, das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts I Hamburg 1880; H. Meyer, die Gerechtigkeit im Strafrecht, Gerichtssaal 1881 S. 101 ff; Laas, Vergeltung und Zurechnung, Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie 1881 und 1882; Ullmann, zur Lehre von der Strafe, Gerichtssaal 1882 S. 29 ff ; Hrehorowicz, Grundbegriffe des Strafrechts 2 Aufl. Dorpat 1882; v. Liszt, der Zweckgedanke im Strafrecht, Zeitschrift für Strafr.w. 1883 S. 1 ff.; v. Buri daselbst 1884 S. 169 ff.

2) Die Strafrechtsphilosophie, d. h. die Anknüpfung dieser Grundbegriffe an das Ganze der menschlichen Erkenntniß, müssen wir den Philosophen überlassen.

2) Zu diesen Grundbegriffen gehören keineswegs allein Zweck und Rechtsgrund der Strafe, die freilich am Meisten zum Gegenstand sogenannter Strafrechtstheorieen gemacht sind[3]; vielmehr ist zunächst von dem Begriff und den Arten der Strafe zu handeln (§. 2), darauf von Zweck und Rechtsgrund der Strafe (§. 3), sodann von den Voraussetzungen der Bestrafung, insbesondere von der strafbaren Handlung (§. 4), sodann von Art und Maß der Bestrafung (§. 5), worauf es schließlich auf den Begriff des Strafrechtes und der Strafrechtswissenschaft ankommt (§. 6).

3) Derartige Untersuchungen sind von jeher, insbesondere schon im Alterthum angestellt worden, und selbst im Mittelalter fehlt es nicht an dahin gehenden Bemerkungen. Eingehendere Untersuchungen finden sich aber erst in der neueren Zeit, zunächst in der sog. naturrechtlichen Schule, später theils im Anschluß an die philosophischen Systeme von Kant und Hegel, theils im Gegensatz zu denselben, wobei aber manche dieser Strafrechtstheorieen sich allzusehr in allgemeinen Spekulationen ergingen, bis erst in neuerer Zeit auch dieser Gegenstand einer genaueren Behandlung unterzogen wurde.

§. 2 (1).

Begriff und Arten der Strafe.

1) Der Grundbegriff des Strafrechts, also derjenige Begriff, von dessen Untersuchung die Strafrechtswissenschaft auszugehen hat, ist nicht der Begriff der strafbaren Handlung, sondern der Begriff der Strafe[4]), welcher die Voraussetzung

3) Darstellungen der sog. Strafrechtstheorieen vgl. bei Hepp, die deutschen Strafrechtssysteme Heidelberg 1843—45, die Gerechtigkeits- und Nutzungstheorieen des Auslandes Heidelberg 1834; Berner, Archiv des Kriminalrechts 1845 S. 163 ff.; Heinze, v. Holtzendorff's Handbuch I S. 241 ff.; Laistner, das Recht in der Strafe München 1872; v. Wächter, Beilagen Leipzig 1877 S. 10 ff; v. Bar, Handbuch des deutschen Strafrechts I Berlin 1882 S. 199 ff. — Mangelnde Sonderung der oben genannten Gesichtspunkte steht der Klarheit der meisten Strafrechtstheorieen entgegen und hindert ebenso ihre Darstellung.

4) Das Wort Strafe kommt in der deutschen Sprache erst seit dem dreizehnten Jahrhundert vor und hatte lange Zeit vorwiegend die Be-

des Begriffs der strafbaren Handlung bildet. Was aber den Begriff der Strafe betrifft[2]), so wird derselbe zu weit gefaßt, wenn man die Strafe als „das der Uebelthat folgende Uebel" definirt hat[3]), wobei der zum Begriff der Strafe wesentliche Zweck außer Acht bleibt. Andrerseits ist es zu eng, die Strafe als eine vom Staate verhängte Maßregel (jener Art) zu bezeichnen[4]), da die Strafe keineswegs nur als Maßregel des Staates vorkommt, vielmehr Strafe auch außerhalb des Staates verhängt wird. Der Begriff der Strafe ergiebt sich vielmehr aus folgenden Momenten:

a) Zunächst ist die Strafe ein Uebel, das Jemandem zugefügt, ein Nachtheil, der über Jemanden verhängt wird[5]), jedenfalls eine Einwirkung, welche durchschnittlich als ein Uebel oder Nachtheil empfunden zu werden bestimmt ist, mag dieselbe auch im einzelnen Fall oder von einem höheren Standpunkte sich nicht als ein Uebel, sondern als etwas Gutes, als eine Wohlthat, und zwar nicht nur für Andere, sondern auch für den Bestraften selbst darstellen.

deutung von tadeln, schelten; nach Weigand, deutsches Wörterbuch 3. Aufl. stammt es von einem (vorauszusetzenden) althochdeutschen Wort strefan, das so viel als scharf anziehen oder spannen bedeutet habe, — eine Vermuthung, die aber von neueren Germanisten nicht mehr getheilt wird. Vor dem 13. Jahrhundert wird theils das Wort wizi (vgl. unser verweisen), theils das dem Lateinischen entlehnte poena oder pena, theils das Wort Buße verwendet.

2) Für unmöglich wird eine Begriffsbestimmung der Strafe erklärt von Pfenninger, der Begriff der Strafe geprüft an der Theorie des Hugo Grotius Zürich 1879 S. 153, 156.

3) Am Bekanntesten die Definition des Hugo Grotius: malum passionis, quod infligitur ob malum actionis, die aber schon deswegen fehlgeht, weil Strafe nicht bloß wegen Handlungen, sondern auch wegen Unterlassungen verhängt wird.

4) So die Definition der Strafe bei Binding, Grundriß 3. Aufl. S. 80, v. Liszt, Lehrbuch S. 227, welche die nichtstaatliche Strafe nur als uneigentliche Strafe oder als strafähnliche Maßregel betrachten.

5) Anderer Meinung Krause, Abriss der Rechtsphilosophie 1828 S 186 und Röder in verschiedenen (in §. 3 zu nennenden) Schriften, beide vom Standpunkt der Besserungstheorie. Auch v. Bar, Handbuch I S. 221, nach welchem die Strafe nur empirisch, nicht auch begrifflich ein Uebel sein soll. Vgl. dagegen u. a. Wächter, Vorlesungen S. 92.

b) Sodann aber haben wir es in der Strafe mit einer Maßregel zu thun, die über Jemanden wegen eines unzulässigen Verhaltens verhängt wird, d. h. weil er etwas gethan oder unterlassen hat, was er nicht hätte thun oder unterlassen sollen.

c) Die Strafe ist ferner eine Maßregel, die von einer dem Thäter übergeordneten Autorität verhängt wird[6]), obwohl im übertragenen Sinne auch die natürlichen Folgen einer That oder auch selbstübernommene Nachtheile Strafen genannt werden.

d) Die Strafe ist endlich eine Maßregel, die zu einem bestimmten Zwecke verhängt wird, nämlich dazu, dem Thäter die Unzulässigkeit seines Verhaltens fühlbar zu machen und zum Bewußtsein zu bringen, ein Merkmal im Begriffe der Strafe, welches häufig verkannt wird, dessen Verkennung aber, bezw. dessen Verwechslung mit dem davon ganz verschiedenen Zwecke der Strafe selbst, vor Allem die vielfachen Mißverständnisse und Streitigkeiten über das Wesen der Strafe verschuldet.

Strafe ist danach: derjenige Nachtheil, welcher über Jemanden wegen eines unzulässigen Verhaltens von einer ihm übergeordneten Autorität, um ihm die Unzulässigkeit seines Verhaltens zum Bewußtsein zu bringen, verhängt wird.

2) Verschieden von der Strafe ist danach

a) der Erfüllungszwang, d. h. diejenige Einwirkung, welche den Zweck hat Jemanden zu einem seiner Verpflichtung entsprechenden Verhalten zu bestimmen, wie ein solcher Zwang z. B. im Falle der Zeugnißverweigerung[7]) sowie bei der Nichterfüllung einer rechtskräftig festgestellten Leistungspflicht[8]) vorkommt. Nicht ausgeschlossen aber ist, dass Strafen zum Zwecke des Erfüllungszwanges verhängt werden (siehe unten das über die Ungehorsamsstrafe Gesagte).

b) Die Verpflichtung zum Schadensersatz[9]), die nicht

6) Nicht nöthig freilich ist, daß sie im einzelnen Falle ausdrücklich verhängt wird; es genügt, daß sie nach allgemeiner Vorschrift eintritt.

7) Civil-P.O. §. 355, Straf-P.O. §§. 69, 95, wo übrigens neben (und vor) der Zwangshaft auch Strafen genannt sind.

8) Civil-P.O. §§ 774, 775.

9) Anderer Meinung Merkel, Abhandlungen I S. 17 ff.; Heinze, v. Holtzendorff Handbuch I S. 337 ff., welche die Gleichartigkeit von Strafe und Schadensersatz behaupten. Vgl. jedoch auch Merkel, Zeit-

unter allen Umständen an eine unzulässige Handlung geknüpft[10]) und jedenfalls nicht dazu bestimmt ist, dem Thäter die Unzulässigkeit seines Verhaltens zum Bewußtsein zu bringen, vielmehr dazu, dem Verletzten einen Ersatz für das ihm Entzogene zu gewähren. Und zwar in allen Fällen, mag es sich um den Ersatz einer pecuniären Benachtheiligung oder um den Ersatz eines sonstigen Schadens handeln, mag der Ersatz selbst in einer pecuniären Leistung oder in einer sonstigen Genugthuung bestehen. Nicht Strafe ist danach die bei mehreren Delictsarten dem Verletzten zuzuerkennende sog. Buße[11]); nicht Strafe waren Abbitte, Ehrenerklärung und Widerruf, auf welche im Falle der Beleidigung nach früherem Recht erkannt werden konnte[12]), und nicht Strafe endlich ist die Befugniß zur öffentlichen Bekanntmachung des Urtheils auf Kosten des Schuldigen, welche unter Umständen dem Verletzten zuerkannt werden kann[13]), sowie die Ertheilung einer Ausfertigung des verurtheilenden Erkenntnisses auf Kosten des Schuldigen, welche im Falle der Beleidigung eintritt[14]). Da freilich schon die Verpflichtung zum Schadensersatz geeignet ist, den Thäter empfindlich zu treffen, so ist es erklärlich[15]), daß das Recht sich in vielen Fällen geringerer Ver-

schrift I S. 584 f.. Encyclopädie S. 149, wo mehr die gemeinsame Grundlage von Strafe und Schadensersatz betont wird.

10) Schon nach gemeinem Recht und noch mehr nach den neueren Gesetzgebungen tritt die Verpflichtung zum Schadensersatz auch in solchen Fällen ein, in denen keine Verschuldung vorliegt, es aber aus anderen Gründen gerecht und zweckmäßig erscheint, Jemanden, z. B den gewerblichen Unternehmer, den Schaden oder einen Theil des Schadens tragen zu lassen

11) Vgl. unten in Verbindung mit der Lehre von der Geldstrafe sowie bei Körperverletzung und Beleidigung.

12) Vgl. ebenfalls die Lehre von der Beleidigung.

13) StPO. §§. 165 (falsche Anschuldigung) 200 (öffentliche Beleidigung); Markenschutzgesetz §. 17, Patentgesetz §. 35 Anderer Meinung Reichsgericht I 7 April 1881, Plenum 17 April 1882, III 3 März 1884 Richtig Fuchs, Goltd. Archiv 1881 S. 422 ff. Wohl aber erscheint dieselbe Maßregel als Strafe im Nahrungsmittelgesetz §. 16.

14) St.G.B. §. 200 Absatz 3.

15) Ob begründet, ist freilich eine andere Frage.

schuldung mit der Verpflichtung zum Schadensersatz begnügt, statt über den Thäter außerdem noch eine Strafe zu verhängen; wie dies z. B. im Falle der nur fahrlässigen Sachbeschädigung der Fall ist.

c) Trotz ihres Namens von der Strafe verschieden ist auch die Vertragsstrafe oder Konventionalstrafe, die zwar ebenfalls an die Voraussetzung einer Verschuldung geknüpft ist und nicht nothwendig den Zwecken des Schadensersatzes zu dienen bestimmt ist, die aber nicht von einer dem Thäter übergeordneten Autorität verhängt wird, vielmehr vom Thäter selbst übernommen ist und deswegen nicht den strafrechtlichen Regeln, sondern den Regeln über privatrechtliche Verpflichtung unterliegt.

d) Dasselbe ist der Fall mit denjenigen Nachtheilen, welche an ein regelwidriges Verhalten geknüpft sind, die aber trotz ihres Namens privatrechtliche Strafe[16]), Proceßstrafen u. s. w. nur der privatrechtlichen, proceßrechtlichen u. s. w. Regulirung zu dienen bestimmt sind, wie dies z. B. mit dem unter Umständen eintretenden Verlust der väterlichen Gewalt, mit der unter Umständen eintretenden Möglichkeit der Ehescheidung sowie mit dem im Falle processualer Versäumung eintretenden proceßrechtlichen Nachtheilen der Fall ist.

e) Keine Strafen sind endlich die Polizei- und Verwaltungsmaßregeln, welche aus Anlaß eines rechtlich unzulässigen oder auch strafbaren Verhaltens ergriffen werden können, bezw. ergriffen werden müssen[17]), so die Einziehung und Unbrauchbarmachung von solchen Gegenständen, die zur Begehung eines Delictes benutzt oder durch dasselbe hergestellt wurden, die Unterbringung des Thäters in einer Erziehungs-

16) Auch „unechte Privatstrafen" genannt im Gegensatz zu den sog. „echten Privatstrafen", d. h. den zur Strafe verhängten Zuwendungen an den Verletzten (worüber unten unter 3e), die das frühere Recht, vielfach das geltende Recht kaum noch verwendet.

17) Wenn man auch die Strafe selbst eine Verwaltungsmaßregel genannt hat, so ist dies nur in dem Sinne zulässig, in welchem gelegentlich die gesammte Staatsthätigkeit einschließlich der Rechtspflege Verwaltung genannt wird.

oder Besserungsanstalt, die Ausweisung desselben aus einem bestimmten Gebiete und die Auflösung von Versammlungen und Vereinen auf Grund von strafbaren Handlungen ihrer Mitglieder, — alles dies jedoch nur, sofern die betreffende Maßregel nicht zugleich als Strafmittel verwandt wird, was im geltenden Recht unter Umständen mit der Einziehung und Unbrauchbarmachung von Gegenständen[18]) sowie der Ausweisung von Personen der Fall ist[19]).

f) Ebensowenig die in einigen Fällen (so in den Zoll- und Steuergesetzen, in den Forststrafgesetzen u. s. w.) ausgesprochene Haftung dritter Personen (der Eltern, des gewerblichen Unternehmers) für die von dem Schuldigen verwirkten Geldstrafen, die zwar mittelbar der Bedeutung einer Strafe (vermuthlich schuldiger Personen) gleichkommt, unmittelbar aber nicht als Strafe, sondern als privatrechtliche Verpflichtung gemeint ist[20]).

g) Ebensowenig die Verpflichtung zur Zahlung der Kosten des Strafprocesses, die den Schuldigen als ein erheblicher Zusatz zur Strafe treffen mag, der aber dennoch nicht der Character einer wirklichen Strafe beiwohnt.

h) Als Strafe erscheint endlich auch nicht die Verpflichtung zur Sicherheits- oder Kautionsleistung[21]) in Beziehung auf ferneres Wohlverhalten, die dem Schuldigen nach älterem Recht auferlegt werden konnte[22]) und ebenso in

18) Einziehung und Unbrauchbarmachung sind nicht Strafen, sofern die betreffenden Gegenstände nicht dem Thäter oder einem Theilnehmer gehören, ferner sofern auf sie in dem sog. objectiven Strafverfahren (nach St.G.B. §. 42, St.P.O. §. 477 ff.), das in Wahrheit kein Strafverfahren ist, erkannt wird.

19) Die Ausweisung von Personen ist nicht Strafe, soweit sie gegen Ausländer nach dem Ermessen der Verwaltung verhängt wird, ferner nach dem Freizügigkeitsgesetz §. 67, dem Jesuitengesetz von 1872 und dem Gesetz über die Ausübung von Kirchenämtern vom 4. Mai 1874.

20) Richtig Reichsgericht III 6. Nov. 1880; anderer Ansicht III 24. März 1880. Vgl. Kronecker, Goltd. Archiv 1880 S. 16 ff.; Lucas, subjective Verschuldung S. 137.

21) Vgl. Schierlinger, die Friedensbürgschaft Erlangen 1877.

22) Vgl. die sog. Urfehde, d. h. das eidliche Versprechen sich an den Betheiligten nicht rächen zu wollen, das nach mittelalterlichem

ausländischen Rechten vorkommt und wofür wohl der Ausdruck Friedensbürgschaft gebraucht wird.

3) Wohl aber sind als wirkliche Strafen zu betrachten

a) diejenigen unter den privatrechtlichen Strafen und Proceßstrafen, welche sich nicht als bloße privatrechtliche, bezw. proceßrechtliche Regelung darstellen, sondern den Schuldigen wirklich als Strafe zu treffen bestimmt sind, ohne daß auf sie im Wege eines besonderen Verfahrens erkannt zu werden brauchte. Es gehören dahin die privatrechtlichen Strafen der Selbsthülfe[23]), ferner die privatrechtlichen Strafen der Ehescheidung und der Verletzung des sog. Trauerjahres; ferner die unter Umständen eintretende Verwirkung des Eigenthums und des emphyteutischen Rechtes[24]) und endlich die Nachtheile, welche an das Läugnen im Civilproceß geknüpft sind, Nachtheile, die freilich aus dem römischen Recht nur zum Theil in das neuere Recht herübergenommen wurden[25]).

b) Die sog. Ungehorsamsstrafe[26]), auch Zwangs-, Executiv- oder Executionsstrafe genannt[27]), d. h. diejenige Strafe, deren Androhung und Vollstreckung den Behörden zum Zwecke

Recht und noch nach der Carolina Art. 108 dem Schuldigen auferlegt werden konnte, woraus die gemeinrechtliche Sicherheitsleistung im obigen Sinne hervorging. Fremd ist sie den neueren Gesetzgebungen, sollte aber erneuert werden durch den Entwurf der Strafgesetznovelle von 1876 (vorzugsweise bei Delicten von politischer Bedeutung), der in diesem Stücke nicht zur Annahme gelangte.

23) Deren heutige gemeinrechtliche Gültigkeit freilich sehr bestritten ist, worüber unten im besonderen Theil.

24) Windscheid, Pandekten I §§. 174, 222 II §. 361.

25) Vgl. Hellmann, v. Holtzendorff's Rechtslexicon 3. Aufl. unter „Proceßstrafen".

26) Vgl. v. Liszt, v. Holtzendorff Rechtslexicon 3. Aufl. s. v. Ordnungs- und Disciplinarstrafe.

27) Auch Ordnungsstrafe (vgl. die unten genannten Stellen des Handelsgesetzbuches) oder „Ordnungsstrafe als Zwangsstrafe" (v. Liszt); doch bleibt der Ausdruck Ordnungsstrafe besser den unter d zu nennenden Strafen vorbehalten, von denen sich die Ungehorsamsstrafe dadurch unterscheidet, daß sie im einzelnen Falle besonders angedroht sein muß, was auch im Handelsgesetzbuch mit dem Ausdruck „durch Ordnungsstrafe anhalten" gemeint ist.

der Durchführung ihrer Anordnungen zusteht, und die deßwegen nicht weniger als Strafe, nämlich als Strafe des begangenen Ungehorsams, erscheint, weil sie zu dem darüber hinausgehenden Zwecke der Erzwingung eines bestimmten Verhaltens verhängt wird. Entsprechend der Verschiedenartigkeit des Verwaltungsrechts in den deutschen Staaten ist auch die Materie der Ungehorsamsstrafen verschieden geregelt, meist jedoch so, daß den verschiedenen Behörden nur Geldstrafen in verschiedener Höhe zur Verfügung gestellt sind, wozu nur nach einzelnen Landesgesetzen die Möglichkeit von Freiheitsstrafen hinzukommt[28]). Neben den den Behörden nach allgemeiner Vorschrift zu Gebote gestellten Ungehorsamsstrafen giebt es übrigens auch specielle Vorschriften, durch welche besonderen Arten von Behörden besondere Ungehorsamsstrafen zur Verfügung gestellt werden[29]). Kein Unterschied zwischen Ungehorsams- und Criminalstrafen besteht nach denjenigen Gesetzen, nach welchen auch die Verhängung von Ungehorsamsstrafen nicht den Behörden als solchen zusteht, sondern von ihnen bei Gericht zu beantragen ist, wie dies nach französischem Rechte der Fall ist.

c) Die sog. Zucht- oder Disciplinarstrafe[30]), d. h. die-

28) Vgl. das preußische Gesetz über die Organisation der allgemeinen Landesverwaltung vom 30. Juli 1880 §. 68, wonach die verschiedenen Behörden auf Geldstrafe bis zu 5 Mark, bzw. 60 Mark, 100 Mark, 300 Mark Geldstrafe erkennen können. Aehnlich das bayerische Polizei-St.G.B. von 1871 Art. 21, wogegen das württembergische Gesetz betreffend Aenderungen des Landespolizeistrafgesetzes vom 12. August 1879 Art. 2 neben Geldstrafe bis zu 100 Mark alternativ Freiheitsstrafe (Haft) bis zu 8 Tagen zuläßt. Subsidiär tritt übrigens auch nach den ersteren Gesetzen Freiheitsstrafe ein, so nach dem preußischen Gesetz Haft von 1 Tage bis bezw. zu 1, 2 und 4 Wochen.

29) Vgl. Civil-P.O. §. 774 und 775 das Handelsgesetzbuch Art. 26, 45, 89, 129, 135, 151, 155, 179, 212; ferner die Zoll- und Steuergesetze, das Genossenschaftsgesetz u.s.w.

30) Vgl. v. Liszt, v. Holtzendorff Rechtslexicon 3. Aufl. unter „Ordnungs- und Disciplinarstrafe". Ueber das Disciplinarstrafrecht gegen Beamte v. Menz, Archiv des Kriminalrechts 1818 S. 486 ff.; Heffter, Archiv des Criminalrechts 1833 S. 48 ff.; Wächter, Handbuch des sächsisch-thüring. Strafrechts S. 301 ff.; Laband, Reichsstaatsrecht I S. 447 ff. und die Kommentare zum Reichsbeamtengesetz

jenige Strafe, welche die Aufrechterhaltung der Ordnung in einem vom Staate verschiedenen Lebenskreise zum Zwecke hat und von den maßgebenden Organen dieses Lebenskreises gegen Angehörige desselben verhängt wird[31]), sei es daß es sich um außerhalb des Staates stehende Lebenskreise handelt oder um solche Kreise, die einen Theil der staatlichen Ordnung selbst bilden, sei es dass jene Aufrechterhaltung wesentlich um des Einzelnen selbst willen oder im allgemeinen Interesse erstrebt wird. Als derartige Kreise sind zu nennen die Familie und die Schule, das Lehr- und Dienstverhältniss, der Schiffsdienst, die Strafanstalt, die gewerblichen, wissenschaftlichen, künstlerischen, kirchlichen Vereine, die Universität, der Militärdienst und das Beamtenverhältniß, wobei die verschiedenste Art der Verknüpfung dieser Kreise mit der staatlichen Ordnung stattfindet und der Umfang der in diesen Kreisen zulässigen Strafmittel theils dem richterlichen Ermessen überlassen, theils durch ausdrückliche Vorschriften bestimmt ist[32]). Unrichtig ist es, der Disciplinarstrafe den Character als wirklicher Strafe absprechen zu wollen[33]). Richtig ist nur, daß die Disciplinarstrafe der

von Kanngiesser (1874), v. Zedlitz-Neukirch (1874) und Thudichum (1876).

31) Für geringere Disciplinarstrafen, insbesondere gegen Beamte, wird auch wohl der Ausdruck Ordnungsstrafe verwendet, der im Uebrigen für die folgende Art von Strafen verwandt wird.

32) Letzteres ist insbesondere mit dem Beamtendisciplinarrecht der Fall; vgl. die Beamtengesetze der einzelnen deutschen Staaten und das Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873. Ferner die deutsche Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 und die Disciplinarstrafordnung für das deutsche Heer und die Marine vom 31. Oktober 1872 und vom 23. November 1872. Dabei ist in den Beamtengesetzen neben den verschiedenen Arten der Entfernung aus dem Amt als regelmäßige Disciplinarstrafe Verweis und Geldstrafe anerkannt, wozu in besonderen Fällen (gegen Unterbeamte) noch Freiheitsstrafe hinzukommt.

33) So Laband S. 447 ff., der in der Disciplinarstrafe nur einen Erfüllungszwang sieht, während der Begriff der Strafe auch durch sie völlig erfüllt wird. So ferner Binding, Grundriß 3. Aufl. S. 83, nach welchem die Disciplinarstrafe „keine Strafe, sondern ein pädagogisches Zuchtmittel sein soll", was keinen Gegensatz bildet. So endlich v. Liszt Lehrbuch S. 230 und Janka, österr. Strafrecht S. 170, welche in der

Vereine sich unter Umständen der Konventionalstrafe annähert, wenn nämlich der Zutritt zu diesen Vereinen von der Willkür der Einzelnen abhängt; auch hier ist freilich immer noch zwischen der bloßen Vertragsstrafe und der Disciplinarstrafe zu unterscheiden. Andererseits nähert sich die vom Staate selbst gehandhabte Disciplinarstrafe der Criminalstrafe so sehr, daß unter Umständen der Staat wegen der disciplinarischen Strafbarkeit einer Handlung auf ihre criminelle Bestrafung verzichtet [34]. Innerhalb der Disciplinarstrafen kann man zwischen reinigenden (epurirenden) und züchtigenden (correctiven) Disciplinarstrafen unterscheiden, von denen aber die ersteren über den Character einer bloßen Strafe hinausgehen [35].

d) Die sog. Ordnungsstrafe [36], d. h. diejenige Strafe, deren Verhängung den Organen des Staates gegen solche Personen zusteht, die sich durch ihr Verhalten mit der betreffenden Staatsthätigkeit in Widerspruch setzen, sei es daß sie den in dieser Beziehung ihnen obliegenden Verpflichtungen nicht nachkommen [37], oder daß sie sich einer Ungebühr oder Störung gegenüber den Behörden schuldig machen [38]. Auch

Disciplinarstrafe keine „eigentliche Strafe" sehen, bezw. ihr nur einen strafähnlichen Charakter beilegen.

34) Der Kreis der Amtsdelicte müßte weit mehr ausgedehnt werden, wenn nicht viele Verfehlungen (Amtsvernachlässigung, Verletzung der Amtsverschwiegenheit u.s.w.) disciplinär bestraft würden. Vgl. ferner die Entweichung von Strafgefangenen, die nur im Fall der Meuterei criminell, im Uebrigen aber disciplinär gestraft wird. — Ganz singulär ist, daß geringere Criminalfälle der bloß disciplinären Aburtheilung überlassen werden können, wie dies nach dem Militärstrafrecht der Fall ist (Einf.-G. zum Militär-St.G.B. §. 3 Absatz 2).

35) Vgl. Hecker, Goltd. Archiv 1882 S. 118.

36) Vgl. v. Liszt, v. Holtzendorff Rechtslexicon 3. Aufl.: Ordnungs- und Disciplinarstrafe; Loebe, das deutsche Zollstrafrecht Berlin 1881 S. 106 ff; Loewe, Strafproceßordnung, zu G. G. §. 179.

37) Ordnungsstrafen dieser Art vgl. Civil-P.O. §§. 345, 353, Straf-P.O. §§. 50, 69 (Zeugenstrafen), ferner in den Zoll- und Steuergesetzen (hauptsächlich im Vereinszollgesetz §§. 151, 152), im Handelsgesetzbuch (§§. 233, 243, 247, 251), im Genossenschaftsgesetz, im Unfallversicherungsgesetz u.s.w.

38) Ordnungsstrafen dieser Art vgl. auch im Gerichtsverfassungsgesetz §§. 179–84 sowie in den landesrechtlichen Ausführungsgesetzen

hier[39]) handelt es sich der Regel nach nur um Geldstrafen, die überdies nicht in allen Fällen subsidiär in Freiheitsstrafen umgewandelt werden können, die unter Umständen aber eine beträchtliche Höhe erreichen[40]) und durch welche das eigentliche oder criminelle Strafrecht nach verschiedenen Richtungen hin auf das Erheblichste ergänzt wird[41]). Mit Unrecht ist auch der Ordnungsstrafe der Character als Strafe bestritten worden[42]); falsch ist es, wenn in zahlreichen gesetzlichen Vorschriften bei der Ordnungsstrafe von dem Erforderniß subjectiver Verschuldung abgesehen wird, und widerspruchsvoll endlich ist es, wenn unter dem Namen Ordnungsstrafe auch die Verhängung erheblicherer Strafen völlig in die Hände nichtgerichtlicher Behörden gelegt ist, denen hinsichtlich der Criminalstrafe nach dem geltenden Recht nur noch der Erlaß vorläufiger Straffestsetzungen (Strafverfügungen, bezw. Strafbescheide) zusteht.

e) Die Strafe im engeren und eigentlichen Sinn oder die Criminalstrafe, d. h. diejenige Strafe, welche wegen einer unmittelbaren Verletzung des allgemeinen Rechtsinteresses oder der sog. Rechtsordnung verhängt wird[43]), deßwegen über das Maß

(Preußen §. 88, Württemberg Art. 33), wo außer der Geldstrafe auch Freiheitsstrafe (Haft bis zu 3 Tagen) gedroht ist.

39) Der zu Grunde liegende Gesichtspunkt ist augenscheinlich der, daß in solchen Fällen mehr der ordnungsmäßige Gang der Staatsverwaltung als die allgemeine Rechtsordnung verletzt ist, wonach die Ordnungsstrafe (ein von uns in der 2. Aufl. angedeuteter Gesichtspunkt) der Disciplinarstrafe verwandt ist und es nicht richtig sein kann, (vgl. v. Liszt 2. Aufl. S. 232), den Unterschied zwischen ihr und der Criminalstrafe für nur positivrechtlich zu erklären.

40) So insbesondere die in den Zoll- und Steuergesetzen gedrohten Geldstrafen, die (im Vereinszollgesetz) bis zu 900 Mark hinaufgehen.

41) So die Bestimmungen über die Bestechung von Beamten und die Widersetzung gegen dieselben durch die Vorschriften des Vereinszollgesetzes §. 160, 161.

42) Vgl. Lucas, die subjective Verschuldung S. 136, der (vgl. oben Anm. 33) die Ordnungsstrafe nur als „Correctur, nicht als Strafe" ansieht.

43) Mittelbar wird die Rechtsordnung allerdings auch durch dasjenige Unrecht verletzt, auf welches nur Disciplinar- oder Ordnungsstrafe gesetzt ist; unmittelbar aber handelt es sich in solchen Fällen nur um

der vorhin genannten Strafen in vielen Fällen weit hinausgeht und in die Hände besonders vorgebildeter und unabhängig gestellter Organe gelegt ist. Dabei wird innerhalb der Criminalstrafe nicht mehr zwischen Criminalstrafe im engeren Sinne und Polizeistrafe [44]), sondern nur noch zwischen schwereren und leichteren Criminalstrafen unterschieden. Auch ist der Gegensatz von öffentlichen und Privatstrafen, der bis in die neuere Zeit erhebliche Bedeutung hatte [45]), im geltenden Recht so gut wie völlig beseitigt, da, soweit dem Schuldigen Leistungen zur Strafe auferlegt werden, diese nicht mehr in Zuwendungen an den Verletzten bestehen, sondern in Zuwendungen an den Staat oder eine sonstige öffentliche Kasse [46]). Keine Privatstrafe ist die sog. Buße, auf welche nach dem geltenden Recht erkannt werden kann; keine Privatstrafe war die Verpflichtung zu Abbitte, Ehrenerklärung und Widerruf, auf welche nach früherem Rechte bei der Beleidigung erkannt werden konnte, und keine Privatstrafe endlich ist die Befugniß zur öffentlichen Bekanntmachung des Urtheils sowie die Ertheilung einer Urtheilsaus-

Verletzungen, durch welche das Interesse eines besonderen Kreises berührt wird.

44) Anders das frühere Recht, in welchem theils bestimmte geringere Strafen, theils diejenigen Strafen, welche von der Polizeibehörde erkannt werden konnten, Polizeistrafen genannt wurden, wogegen nach jetzigem Recht Ersteres nicht mehr der Fall ist und den Polizeibehörden (abgesehen von vorläufigen Strafverfügungen) nicht mehr das Recht zu Aburtheilungen zusteht. Auch der Unterschied zwischen Criminalunrecht und Polizeiunrecht (siehe unten) hat nicht mehr practische, sondern nur noch theoretische Bedeutung (siehe §. 3 unter 2c).

45) Vor Allem im römischen und älteren deutschen Recht, wogegen im gemeinen deutschen Recht von echten oder eigentlichen Privatstrafen nur noch bei der Beleidigung die Rede war, bei welcher dieselbe mit der sog. actio aestimatoria eingeklagt werden konnte. Auch diese Einrichtung ist, nachdem sie in Preußen und anderen Staaten schon vorher abgeschafft war, nunmehr allgemein durch das Reichs-St.G.B. beseitigt.

46) Vgl. jedoch das sog. Urhebergesetz von 1870 §. 55, wo eine über den Schadensersatz hinausgehende Zuwendung an den Verletzten vorkommt; ferner das preußische Forstdiebstahlsgesetz von 1878 §. 34, wonach (abweichend z. B. von Württemberg) die betreffende Geldstrafe der Kasse des Beschädigten zufließt.

fertigung, die im geltenden Rechte vorkommen und sich ebenfalls nur als eine Genugthuung für den Verletzten, also als eine Art Schadensersatz darstellen (vgl. oben §. 2 unter 2b). Zu der von einigen Seiten befürworteten Wiederaufnahme des Princips der Privatstrafen[47]) ist kein Anlaß, da dem Verletzten nicht mehr als der völlige Ersatz seines Schadens zukommt und durch den Verzicht des Verletzten der Thäter ohne Grund von der Bestrafung befreit werden würde.

4) Dabei ergiebt sich aus der Natur jener privatrechtlichen Strafen, Ungehorsamsstrafen, Disciplinarstrafen und Ordnungsstrafen als wirklicher Strafen, daß grundsätzlich auch auf sie die Regeln von der subjectiven Verschuldung als Voraussetzung der Strafbarkeit zur Anwendung gebracht werden müssen[48]), wovon aber die Gesetzgebung mehrfach aus wirklichen oder vermeintlichen practischen Rücksichten absieht. So bei der Ungehorsamsstrafe, die nach einigen Gesetzen nicht nur gegen physische, sondern auch gegen juristische Personen verhängt werden kann[49]), und so insbesondere bei den Ordnungsstrafen, insbesondere den Ordnungsstrafen der Zoll- und Steuergesetze, bei welchen in weitem Umfange von dem Erforderniß der subjectiven Verschuldung abgesehen wird, sei es überhaupt oder in der Weise, daß das Gesetz eine Präsumtion der subjectiven Verschuldung, deren Widerlegung dem Beschuldigten überlassen bleibt, aufstellt[50]). Auch abgesehen hiervon sind für jene Arten

47) Vgl. besonders Wächter, Beilagen S. 9, Vorlesungen S. 68 f., 399. Auch Ihering, Gutachten über die Wasserfallenbahn S. 104.

48) Anderer Meinung Hälschner, deutsches Strafrecht I S. 558 f., nach welchem die Disciplinarstrafe nicht an die Voraussetzung subjectiver Verschuldung geknüpft ist; doch ist es auch in Disciplinarfällen ebenso ungerecht wie unzweckmäßig, ohne subjective Verschuldung zu strafen.

49) So nach der Auffassung des preußischen Landrechts, auf welcher die Vorschrift des preußischen Gesetzes über die bischöfliche Vermögensverwaltung vom 13. Februar 1878 beruht, wonach die betreffenden Geldstrafen auch gegen Kollegien erkannt werden können, das einzelne Mitglied aber die Strafe von sich abwenden kann, wenn es seine Nichtbetheiligung nachweist.

50) Vgl. z. B. Vereinszollgesetz von 1869 §. 151: die Verletzung des amtlichen Waarenverschlusses wird, wenn nicht nachgewiesen wer-

von Strafen mehrfach andere Vorschriften, als für die Criminalstrafe ertheilt, wie dies insbesondere hinsichtlich der Umwandlung nicht beizutreibender Geldstrafen in Freiheitsstrafe der Fall ist[51]). Und auch soweit nicht ausdrücklich abweichende Vorschriften ertheilt sind, können diejenigen über die Criminalstrafe aufgestellten Grundsätze nicht ohne Weiteres auf jene Strafen zur Anwendung gebracht werden, welche, wie dies mit den Grundsätzen über den Versuch und die Theilnahme der Fall ist, eine Ausdehnung der Strafbarkeit über den gegebenen Thatbestand enthalten. — Da die verschiedenen Arten der Strafe auf verschiedenem Grund beruhen, ist nicht ausgeschlossen, daß dieselben wegen derselben Handlung neben einander erkannt werden, wie dies sowohl im Verhältniß der Ungehorsams- und der Ordnungsstrafe[52]), wie im Verhältniß der Ordnungsstrafe und Disciplinarstrafe[53]) sowie im Verhältniß der Ordnungsstrafe und Criminalstrafe[54]) und der Disciplinar- und Criminalstrafe zu einander der Fall ist. Insbesondere ist vollkommen anerkannt, daß ein Beamter, sowie ein Studierender auf Grund derselben Handlung sowohl disciplinär wie criminell bestraft werden kann[55]), und zwar hat dies nicht

den kann, daß dieselbe durch einen unverschuldeten Zufall entstanden ist, mit einer Geldbuße bis zu 900 Mark geahndet. Näheres unten in der Lehre von der subjectiven Verschuldung.

51) Vgl. z. B. das Brausteuergesetz von 1872 §. 39, das Gesetz über den Spielkartenstempel von 1878 §. 17, das Tabaksteuergesetz von 1879 §. 44.

52) Eine ausdrückliche Bestimmung dieser Art vgl. im Tabaksteuergesetz §. 40.

53) Z. B. Gerichtsverfassungsgesetz §. 180.

54) Z. B. Gerichtsverfassungs-Gesetz §. 180, Gesetz über die Statistik des Waarenverkehrs von 1879 §. 17. Der Tadel, den v. Liszt über diese Art von Concurrenz ausspricht, ist nicht begründet, wenn man die Verschiedenheit des Grundes jener Strafen in Betracht zieht. Ausgeschlossen wird allerdings das Zusammentreffen von Ordnungsstrafe und Criminalstrafe im Brausteuergesetz §. 35.

55) Wie Jemand ja auch mehrfach disciplinarisch in Anspruch genommen werden kann, sobald er sich in mehrfachen disciplinarischen Beziehungen, z. B. als Beamter, bzw. Student und Militärpersonen befindet.

nur auf jene reinigenden (epurirenden), sondern auch auf die correctorischen Disciplinarstrafen Anwendung zu finden.

§. 3 (2).

Zweck und Rechtsgrund der Strafe[1]).

1) Was zunächst den Zweck der Strafe betrifft, so wäre es

a) eine ebenso seltsame wie unrichtige Behauptung[2]), daß die Verhängung der Strafe keinen Zweck habe; denn, da die Strafe eine von vernünftigen Wesen gehandhabte Maßregel ist, deren zwecklose Zufügung unvernünftig sein würde, so ist es selbstverständlich, daß auch der Strafe ein, wenn auch noch so ideal gefaßter Zweck zukommt.

b) Handelt es sich aber darum, den Zweck der Strafe anzugeben, so ist eine Unterscheidung nöthig, deren herkömmliche Unterlassung an der Unklarheit und Verwirrung schuld ist, die auf diesem Gebiete noch immer herrscht und insbesondere den verwirrenden Streit der sog. Strafrechtstheorieen nicht zur Ruhe kommen lässt. Näher zugesehen ist nämlich zwischen dem Zweck der als Strafe verhängten Maßregel, durch welchen diese Maßregel überhaupt erst zur Strafe wird, also dem begriffswesentlichen Zweck der Strafe einerseits und dem Zwecke, zu welchem die Strafe selbst verhängt wird, also dem außerbegrifflichen oder außerwesentlichen Zwecke der Strafe andererseits zu unterscheiden, — eine Unterscheidung, wonach z. B. die Abschreckung als Zweck der Strafe im ersteren Sinne abgelehnt, im letzteren Sinne angenommen werden könnte und man also in einem sehr verschiedenen Sinne Anhänger oder Gegner der Abschreckungstheorie sein kann.

c) Was nun aber den wesentlichen Zweck der Strafe betrifft, so kann derselbe nicht gefunden werden α) in der durch die betreffende Maßregel auszudrückenden Mißbil-

1) Hierüber vor Allem handeln die sog. Strafrechtstheorieen (vgl. oben §. 2 unter 1) sowie die auf Seite 1 Anm. 1 angeführten Schriften.

2) Nichts destoweniger ist dieselbe, in Uebertreibung Hegel'scher Grundgedanken, aufgestellt worden, so von Lasson, Rechtsphilosophie S. 533.

ligung[3]) oder Reprobation des betreffenden Thuns, da die bloße Mißbilligung hinter dem Wesen der Strafe zurückbleibt und auch ohne einen dem Thäter zuzufügenden Nachtheil ausgedrückt werden könnte. Ebensowenig β) in der Sicherung[4]) vor ferneren Delicten desselben Thäters (Präventionstheorie), sei es daß unmittelbare Sicherung (durch Tod oder Einsperrung) oder mittelbare Sicherung (durch Umstimmung des verbrecherischen Willens) verlangt wird; denn Sicherung kann nöthig sein auch vor einem Andern als dem, der ein Delict begangen hat, und nicht immer ist Sicherung gerade vor dem nöthig, bei welchem dies der Fall ist. Außerdem bildet die Sicherung einen ganz unrichtigen Maßstab der Bestrafung, da geringere Delicte schwer, schwerere Delicte leicht bestraft werden müßten und insbesondere nichts im Wege stünde, dem schwersten Verbrecher im Falle genügender Sicherung die weitgehendsten Erleichterungen zu gewähren. Ebensowenig γ) in der Besserung[5]) des Thäters, mag dieselbe als moralische oder als rechtliche Besserung (Umstimmung des verbrecherischen Willens) gemeint sein[6]); denn besserungsbedürftig sind auch andere als der Thäter, und nicht gesagt ist, daß gerade der Thäter immer als besserungsbedürftig behandelt werden müßte. Ueberdies bildet auch die Besserung einen ganz ungeeigneten Maßstab der Bestrafung, da leichte Verbrecher unter Umständen lange festgehalten, schwere Verbrecher nach kurzer Zeit entlassen werden müßten; ja genau genommen müßte jedes gesetzliche Strafmaß aufgehoben und die Entlassung der Sträflinge in das Ermessen der Strafanstalts-

3) v. Bar, Grundlagen des Strafrechts S. 2 ff., Handbuch I S. 311 ff.

4) Grolman, Grundsätze der Kriminalwissenschaft Gießen 1798, Begründung des Strafrechts 1799.

5) Stelzer, Kritik des Eggers'schen Entwurfs 1812; Groos, Ideen zur Begründung der Besserungsstrafe 1829; Krause, Rechtsphilosophie 1828 S. 188 f.; Roeder, Rechtsbegründung der Besserungsstrafe Heidelberg 1846, die herrschenden Grundlehren von Verbrechen und Strafen Wiesbaden 1867; Kitz, Princip der Strafe Oldenburg 1874; Kräpelin, Abschaffung des Strafmaßes Stuttgart 1880.

6) Wobei sie sich mit der Sicherungstheorie berührt, ohne jedoch mit ihr zusammen zu fallen.

verwaltung gelegt werden[7]). Ebensowenig δ) in der Wiederherstellung des durch das Delict erschütterten Gefühls der Rechtssicherheit, insbesondere bei dem durch das Delict Verletzten, wofür der Ausdruck Genugthuung oder auch Ersatz des durch das Delict bewirkten idealen Schadens gebraucht wird[8]); denn auch hiernach wären sowohl die Strafe selbst, wie Art und Maß der Strafe abhängig von einem der Strafe außerwesentlichen Gesichtspunkt, nämlich davon, ob und in welchem Maße wirklich durch das Delict eine Erschütterung jener Art eintrat. Ebensowenig endlich ε) in der durch die Maßregel zu erzielenden Abschreckung oder Warnung Anderer vor der Begehung von Delicten, sei es daß an die durch die Strafzufügung[9]) oder an die schon durch die Strafandrohung[10]) zu erzielende Abschreckung gedacht wird. Denn auch danach brauchte die Strafe nicht nothwendig an dem wirklich Schuldigen und müßte gelegentlich auch an einem

7) So in der That Kräpelin, Abschaffung des Strafmaßes Stuttgart 1880.

8) Welcker, die letzten Gründe von Staat, Recht und Strafe Giessen 1813, auch in Rotteck und Welcker's Staatslexicon unter „Strafe"; ähnlich Wächter, Beilagen S. 45 ff.

9) Aeltere Anhänger der Abschreckungstheorie in diesem Sinne sind Gmelin, Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen Tübingen 1785 S. 27; Filangieri, System der Gesetzgebung (deutsch Ansbach 1789 2. Aufl. IV S. 17 ff.); Meister, principia juris criminalis ed. 7 Göttingen 1828 S. 1. Neuerdings Ihering, Zweck im Recht I 2. Aufl. S. 483 ff. II S. 225 f; Mittelstädt, gegen die Freiheitsstrafen Leipzig 1879 S. 61 ff., Zeitschrift 1882 S. 419 ff. Doch fehlt es bei allen diesen Schriftstellern nicht an Andeutungen, daß im Grunde weniger an den begriffswesentlichen, als an den außerwesentlichen Zweck der Strafe gedacht wird, wie dies vor Allem bei Ihering der Fall ist.

10) Vgl. schon Michaelis, mosaisches Recht 2. Aufl. Reutlingen 1785 VI S. 3 ff.; vor Allem aber Feuerbach, Revision der Grundbegriffe des peinlichen Rechts I Erfurt 1799 S. 39 ff., dessen Theorie auch psychische oder psychologische Zwangstheorie genannt und durch F.'s Auffassung vom Rechtsgrund der Strafe (siehe unten unter 3) ergänzt wird. Nur eine Modification der F.'schen Theorie war die sog. Warnungstheorie Bauer's (Bauer, Warnungstheorie Göttingen 1830). Neuerdings im Sinne Feuerbach's Kessler, Einwilligung der Verletzten 1874 S. 32 ff.

Nichtschuldigen vollzogen werden, und auch hiernach müßten gewisse leichte Delicte, zu denen großer Reiz ist, schwer und schwerere Delicte unter Umständen nur leicht bestraft werden. Endlich müßten und dürften die Strafdrohungen gesteigert werden, solange überhaupt noch Delicte begangen werden; jedenfalls wäre keine rechtliche Grenze für die Höhe der Strafdrohung gegeben.

d) Und ebensowenig wie ein einzelner jener Zwecke, kann eine Verbindung mehrerer oder aller von ihnen als das Richtige erscheinen, sei es dass dieselben bei der Bestrafung einer jeden Delictsart combinirt werden [11]) oder daß das Gebiet der strafbaren Handlungen unter die Herrschaft der verschiedenen Strafzwecke zerlegt wird [12]).

e) Der wesentliche Zweck der Strafe kann vielmehr nur darin bestehen, dem Schuldigen die Unzulässigkeit dessen, was er gethan hat, durch ein entsprechendes Leiden zum Bewußtsein zu bringen. Dieser Zweck kann von dem Begriffe der Strafe nicht getrennt werden und ist andererseits für eine jede Art von Strafe wesentlich, also nicht nur für die Criminalstrafe, sondern auch für die Disciplinarstrafe und die Ordnungsstrafe, die sich von der Criminalstrafe nicht durch den begriffswesentlichen, sondern durch den außerwesentlichen Zweck der Strafe unterscheiden. Fragen wir aber, mit welchem Ausdruck jener Zweck am Besten bezeichnet wird, so liegt am

11) So u. A. Janka, Nothstand S. 127 ff., österreichisches Strafrecht S. 12 f.; Sichart, Rückfälligkeit Heidelberg 1881 S. 19 ff (Abschreckung und Besserung); Lammasch, das Moment objectiver Gefährlichkeit S. 51 ff.; Hertz, Unrecht I S. 40 ff.; Hrehorowicz, Grundbegriffe S. 96; Jellinec, socialethische Bedeutung S. 108 ff. Im Grunde auch v. Bar, Grundlagen S. 65 ff. und Merkel, Abhandlungen I S. 104 ff., die zwar den Vergeltungszweck betonen, die Verwirklichung der Vergeltung aber von der Verfolgung jener (practischen) Zwecke erwarten.

12) So v. Liszt, Zeitschrift 1883 S. 1 ff., Lehrbuch S. 7 f., der drei Verbrechergruppen unterscheidet, denen gegenüber der Strafe theils der Sicherungszweck, theils der Besserungszweck, theils der Abschreckungszweck zukomme (Näheres unten § 5), was aber eine Aufopferung des Strafrechtes mindestens zu zwei Dritteln zu Gunsten außerwesentlicher Gesichtspuncte bedeutet.

Nächsten der Ausdruck Vergeltung, der allerdings auch die objective Erwiederung eines Thuns mit einem Thun gleicher Art, vor Allem aber diejenige Erwiederung, die dem Thäter als angemessene Erwiederung empfindlich zu werden bestimmt ist, bedeutet [13]).

f) Voraussetzung des Vergeltungsgedankens ist freilich die Verantwortlichkeit des Thäters, die nur bei dem Vorhandensein von Willensfreiheit bestehen kann. Was aber diese wichtigste und berühmteste Frage der ethischen Wissenschaften betrifft, so kann in dieser Beziehung vom strafrechtlichen Standpunkt nur gesagt werden, dass die Verhängung wirklicher Strafen allerdings von der Annahme der Willensfreiheit abhängt [14]); nicht im Sinne eines völlig freien Beliebens, wohl aber in dem Sinne, daß die Entschließung des geistig entwickelten und geistig gesunden Menschen als seine Entschliessung in Betracht kommt [15]). Dem steht weder entgegen der

13) Mit Unrecht wird der Begriff der Vergeltung als Grundbegriff des Strafrechts bekämpft von v. Bar Handbuch I S. 280, 318; Rümelin, Reden und Aufsätze N. F. S. 182 ff; Hrehorowicz, Grundbegriffe (Vorrede); Willert, Zeitschrift 1882 S. 480. Widerspruchsvoll v. Liszt, Lehrbuch 2. Aufl. S. 7 f. und S. 24. Mit Recht dagegen halten an dem Vergeltungsgedanken fest u. A. Hälschner, Berner, Sontag, Ullmann, Laas (siehe oben S. 1).

14) Für die Annahme von Willensfreiheit Hälschner, deutsches Strafrecht I S. 494 ff. 533 ff.; Gessler, Gerichtssaal 1870 S. 245 ff.; v. Holtzendorff, Mord und Todtschlag S. 181; Binding, Normen II S. 3 ff.; Geyer, Rechtslexicon unter „Zurechnung"; Mittelstädt, gegen die Freiheitsstrafen S. 26 f.; Brusa, Zeitschrift 1881 S. 341; v. Buri daselbst 1882 S. 233, 237; v. Lamezan, Willensfreiheit und Zurechnung Breslau 1882; Ebenso Liebmann, der individuelle Beweis für die Freiheit des Willens 1860; Rümelin, Reden und Aufsätze 1881 S. 52 ff.; Laas, Vierteljahrschrift für wissenschaftliche Philosophie Bd. V S. 323, 328; Sommer, Wesen und Bedeutung der menschlichen Freiheit 1882; Witte, die Freiheit des Willens 1882.

15) Gegen die Annahme von Willensfreiheit (außer Aelteren, wie vor Allem Feuerbach) Janka, Nothstand S. 118 ff; Hertz, Unrecht S. 119 ff.; Kräpelin, Abschaffung des Strafmaßes S. 1 ff.; Hrehorowicz, Grundbegriffe S. 17 ff.; Merkel, Zeitschrift 1881 S. 560 ff.; Kless, Aufgabe des Staats gegenüber dem Verbrechen Zürich 1873; Lombroso, Zeitschrift 1881 S. 127; Ferri, daselbst 1882 S. 11 ff.;

Begriff des Characters, der kein unabänderlicher zu sein braucht[16]), noch auch die Abhängigkeit des Menschen von den Naturbedingungen[17]), denen, wie anzunehmen, der geistig entwickelte und geistig gesunde Mensch nicht unbedingt unterworfen ist, noch endlich die Ergebnisse der Statistik, welche letztere nur ein in gewissem Maße gleichförmiges, nicht ein nothwendiger Weise gleichförmiges Geschehen bekunden[18]).

g) Damit ist freilich nicht gesagt, zu welchem weitergehenden Zwecke denn nun jene Vergeltungsmaßregel, welche wir Strafe nennen, zur Anwendung gebracht werde, anders ausgedrückt, worin der Zweck der Strafe selber bestehe; und sehr wohl könnte es sein, dass in dieser Beziehung auf jene oben abgewiesenen Zwecke dennoch zurückgegangen werden müßte. Fragen wir aber, zu welchem Zwecke die Strafe, und zwar die Criminalstrafe (vgl. oben §. 2), verhängt wird, so ist sicher, daß dieser Zweck nicht auf die Sicherung vor ferneren Delicten desselben Thäters (Praevention) oder auf die Besserung desselben oder auf die dem Verletzten zu gewährende Genugthuung beschränkt ist. Anders schon steht es mit dem durch die Strafe wiederherzustellendem Gefühl der Rechts-

Rutenberg, Willensfreiheit Berlin 1882. Ebenso J. C. Fischer, die Freiheit des menschlichen Willens 2. Auflage Leipzig 1871; Scholten, der freie Wille, übersetzt von Manchot Berlin 1874; C. Göring, über die menschliche Freiheit und Zurechnungsfähigkeit Leipzig 1876 (auch System der kritischen Philosophie I Leipzig 1874 S. 60 ff); Rée, Ursprung der moralischen Empfindungen Chemnitz 1877 S. 28 ff; G. H. Schneider, der menschliche Wille Berlin 1882 S. 324 ff.

16) Nicht ohne Widerspruch Aristoteles, Nikom Ethik III c. 1—8, dass Jeder seinem Charakter gemäß handeln müsse, dieser selbst aber ein freiwillig erworbener sei. Ersteres ist eben nicht in vollem Maße zuzugeben.

17) So allerdings Lombroso und Ferri, Zeitschrift 1881 S. 108 ff. 1882 S. 11 ff., 1883 S. 457 ff; Benedict, zur Psychophysik Wien 1875; S. 24 ff., 37, zur Frage der Verbrechergehirne Wien 1883.

18) Vgl. Wagner, die Gesetzmäßigkeit in den scheinbar willkürlichen Handlungen Hamburg 1864; Drobisch, moral. Statistik und Willensfreiheit Leipzig 1867; Schmoller, Resultate der Bevölkerungs- und Moralstatistik Berlin 1871; Rümelin, Reden und Aufsätze S. 1 ff., S. 370 ff; v. Oettingen, Zeitschrift für Strafr.w. 1881 S. 433; Rehnisch, Zeitschrift für Philosophie 1868 S. 213 ff.

sicherheit überhaupt, mit der durch die Strafe auszusprechenden Missbilligung und vor Allem mit dem Zwecke der Abschreckung, dem in der That eine weitgehende Bedeutung für das staatliche Strafrecht zukommt [19]. Nur fragt es sich, ob es denn nöthig ist, zur Begründung des Strafrechts auf einen so äußerlichen Zweck wie den Abschreckungszweck zurückzugehen und ob nicht das Wesen des Rechts und insbesondere die Idee der vergeltenden Gerechtigkeit in der Hauptsache zur Begründung des Strafrechtes ausreicht. Und dies in der That ist zu behaupten, da die Verwirklichung der Rechtsidee sich als ein Zweck von selbständiger Bedeutung darstellt.

b) Damit ist freilich nicht gesagt, daß jenen äußeren Zwecken nicht ein wesentlicher Antheil an der Begründung des Strafrechts zukommt, was hinsichtlich des Abschreckungszweckes insofern der Fall ist, daß ohne den Abschreckungszweck nicht in der Art [20] und nicht in dem Umfange, in welchem es geschieht, bestraft werden würde, hinsichtlich des Besserungszweckes insofern, daß sich mit dem Zwecke der Vergeltung der Besserungszweck verbindet, hinsichtlich des Sicherungszweckes insofern, daß im Zweifel der sichernden Strafe der Vorzug ertheilt wird, hinsichtlich der Genugthuung insofern, daß durch die Art der Verkündigung der Strafe zugleich dem Verletzten Genugthuung gewährt wird u.s.w. Und zwar ist eine solche Einwirkung von Nebenzwecken der Strafe um so eher gerechtfertigt, als der Grundgedanke des Strafrechts auch durch sonstige Nebenrücksichten bestimmt wird, die theils aus der Natur der Rechtspflege, theils aus der selb-

19) Wie kann man aus der Thatsache, daß die meisten Thäter unentdeckt zu bleiben hoffen, auf die Unwirksamkeit der Strafdrohung im Ganzen und Großen schließen? wie dies u A. von v. Schwarze, (Vorwort zur Schrift für die Freiheitsstrafen) und Binding (Zeitschrift von Grünhut 1877 S. 431, Grundriß 3. Aufl. S. 86) geschehen ist.

20) Besonders nicht in der bedingungslosen Weise, in welcher es im positiven Rechte geschieht, welches zwar gewisse Schuldausschließungsgründe aufstellt, darin aber keineswegs soweit geht, als dies nach dem reinen Vergeltungsgedanken befürwortet werden könnte.

ständigen Bedeutung gegenüberstehender Interessen hervorgehen [21]).

2) Unrichtig ist danach

a) die sog. absolute Theorie, sei es daß von ihr jeder Zweck der Strafe in Abrede gestellt [22]) oder dieser Zweck ausschließlich in die Herstellung vergeltender Gerechtigkeit gesetzt wird [23]), ganz abgesehen davon, daß von Manchen diese vergeltende Gerechtigkeit dem Wesen des Rechtes entgegen vorwiegend im moralischen oder vorwiegend im religiösen [24]) oder im rein logischen [25]) oder gar im aesthetischen [26]) Sinne gefaßt wird [27]). Ebenso unbegründet aber sind

21) Vgl. H. Meyer, die Gerechtigkeit im Strafrecht, Gerichtssaal 1881 S. 101 ff. — Ob diese Rücksichten freilich, wie sie als Modificationen der Vergeltung erscheinen, zugleich als Modificationen der Gerechtigkeit anzusehen sind, ist bestritten. Dagegen Merkel, Zeitschrift von Grünhut 1878 S. 635 ff., Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft 1881 S. 609; Rümelin, Reden u. Aufsätze Neue Folge S. 194 ff.; v. Bar, Handbuch I S. 335. In der That aber sind sie es vor Allem, welche bewirken, daß die Gerechtigkeit auf dem Gebiete des Strafrechts nur eine in der Art bedingte und beschränkte ist, wie dies Alle zugeben. Vgl. u. A. Merkel selbst, Encyclopädie S. 13 ff, 21 ff.

22) Siehe oben S 16.

23) So von Kant, Kritik der practischen Vernunft, Riga 1788, metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre 2. Aufl. Königsberg 1798 S. 195 ff., der die Strafe wesentlich als eine Forderung des sittlichen Bewußtseins, als einen moralischen „kategorischen Imperativ" auffaßt.

24) So von Stahl, Rechtsphilosophie 3. Aufl. III, 1 S. 160 ff. 2 S. 681 ff.; Jarcke, Handbuch des Strafrechts 1827; Bekker, Theorie des Strafrechts 1859

25) So von Hegel (Grundlinien der Rechtsphilosophie Berlin 1821 S. 96 ff.), der das Delict für eine Negation des Rechtes erklärt, die ihrerseits durch die Strafe negirt werden müsse.

26) So von Herbart, practische Philosophie 1808; Geyer, Geschichte u. System der Rechtsphilosophie 1863, derselbe in v. H.'s Encyclopädie 4. Aufl., Grundriß S. 3 ff, eine Auffassung, die nur zu sehr geeignet ist, die Abweichungen des positiven Rechts von der graden Bahn vergeltender Gerechtigkeit als selbstverständlich erscheinen zu lassen. Vgl. Geyer, krit. Vierteljschrift 1882 S. 440 ff., 1883 S. 432 ff.

27) Mit Vermeidung dieser dem Wesen des Rechts widerstreitenden Einseitigkeiten schließen sich der absoluten Theorie an Abegg,

b) die sog. relativen Theorieen, sei es daß von ihnen nur der außerwesentliche oder gar schon der wesentliche Zweck der Strafe in jene Nebenzwecke (Sicherung, Abschreckung u.s.w.) gesetzt wird. Als das Richtige kann vielmehr nur

c) eine Vereinigung des sog. absoluten und des relativen Standpunktes erscheinen [27]), eine Vereinigung, die freilich meist in unrichtiger Weise versucht wird. Unrichtig nämlich ist es α) daß das Strafgesetz auf dem Gedanken der Vergeltung beruhe, bei dem Strafvollzug aber die practischen Rücksichten zur Geltung gebracht werden müßten [28]); oder β) daß das Recht zu strafen aus der Vergeltung hervorgehe, die Pflicht zu Strafen aber sich aus practischen Rücksichten ergebe [29]); oder γ) daß die Strafe vom idealen Standpunct Vergeltungsstrafe sei, in Wirklichkeit aber practische Zwecke verfolge [30]); oder δ) daß die practischen Zwecke verfolgt werden müssen, soweit der Gesichtspunct der Vergeltung dies gestattet [31]) oder umgekehrt ε) daß Vergeltung geübt

Strafrechtstheorieen Neustadt 1835, Lehrbuch 1836; Seeger, Abhandlungen S. XV ff.; Hälschner, deutsches Strafrecht I S. 1 ff., 558 ff.; Sontag, Zeitschrift 1881 S. 480 ff.; wogegen Geyer, der sich selbst zur absoluten Theorie zählt, zu den Vereinigungstheorieen und Kitz u. Welcker, die von Binding zu der absoluten Theorie gezählt werden, zu den relativen Theorieen (siehe oben) zu stellen sind.

27) Unmöglich (Geyer, Grundriß S. 6; Janka, österr. Strafr. S. 7) wäre dieselbe nur, wenn der Standpunct der absoluten Theorie darin bestünde, daß die Strafe keinen Zweck habe, was oben abgelehnt wurde. Andererseits ist dieselbe nicht so selbstverständlich, wie Merkel (Zeitschrift 1881 S. 594 f., Encyclopädie S. 332) annimmt; vielmehr steht dem Vergleich des Delictes mit der Krankheit und der Strafe mit der Heilung entgegen, daß zwar die Krankheit voll zur Rechtfertigung der Heilung ausreicht, es sich aber eben fragt, ob dies ebenso im Verhältniß des Delictes und der Strafe zu einander der Fall ist.

28) Heinze, v. Holtzendorff Handbuch I S. 328.

29) Laistner, das Recht in der Strafe München 1872; Binding, Grundriß 3. Aufl. S. 80 ff.

30) Heffter, Lehrbuch 6. Aufl. §. 109 (vgl. auch unsere 2. Aufl. Erlangen 1877.)

31) Berner, Lehrbuch und Archiv des Kriminalrechts 1845; Geyer, v. Holtzendorff Encyclopädie 4. Aufl. S. 59, Grundriß S. 3 ff.

werden müsse, soweit die practischen Zwecke dies zulassen [32]; oder ζ) daß die Vergeltung nur als einer von verschiedenen gleichberechtigten Strafzwecken in Betracht komme [33]; oder η) daß ein Theil der Delicte nach dem Vergeltungszwecke, ein anderer Theil z. B nach dem Abschreckungszweck bestraft werden müsse [34]; oder ϑ) daß das Strafrecht regelmäßiger Weise auf der Vergeltung beruhe, ausnahmsweise aber durch andere Zwecke bestimmt sei [35]. Alle diese zum Theil mühsamen Vereinigungsversuche halten vor einer genaueren Prüfung nicht Stand. Richtig ist vielmehr nur: daß das Strafrecht des Staates seinem Grundgedanken nach auf der Idee vergeltender Gerechtigkeit beruht, in seiner näheren Gestaltung und Durchführung aber vielfach durch Gesichtspuncte äußerer Zweckmäßigkeit bedingt ist [36].

3) Mit dem richtigen Strafzwecke ist auch der wahre Rechtsgrund der Strafe gegeben [37]. Derselbe braucht nämlich nicht gesucht zu werden.

32) Henrici, die Unzulänglichkeit eines einfachen Strafrechtsprincips 1839; Mittermaier zu Feuerbach's Lehrbuch 14. Aufl. S. 43; Schütze, Lehrbuch 2. Aufl. S. 39 ff.

33) So Hugo Grotius (vgl. Pfenninger S. 290); von Neueren Laas, Vierteljahrsschrift für wissenschaftl. Philosophie 1882 S. 317; Lucas, Goltd. Archiv 1884 S. 140; Jellinec, socialethische Bedeutung S. 21 ff.; Ullmann, Gerichtssaal 1882 S. 29 ff (Vergeltung und Besserung); v. Oettingen, Zeitschrift für Strafr.w. 1881 S. 429.

34) So Rümelin, Reden und Aufsätze Neue Folge S. 189 ff.; Sturm, Kommissivdelicte durch Unterlassung S. 241 ff., von denen jedoch die Vergeltung im Sinn äußerer Wiedervergeltung gefaßt wird, sodaß die wahre Vergeltung zu kurz kommt. Vgl. jedoch auch Rümelin, Reden u. Aufsätze Neue Folge S. 49.

35) So Köstlin, neue Revision S. 1 ff., System S. 386, 761 ff.

36) Es nähert sich dies den unter δ und ε bezeichneten Standpuncten, ohne aber mit diesen völlig zusammen zu fallen.

37) Unlogisch ist es, die Theorieen über den Rechtsgrund der Strafe denjenigen über den Zweck der Strafe einzuordnen, wie dies immer noch geschieht, theils in der Weise, daß dieselben den relativen Theorieen eingereiht, theils in der Weise, daß dieselben zwischen die absoluten und die relativen Theorieen (so von Heinze, v. H. Handbuch I S. 241 ff.) gestellt werden.

a) in einem dem Staate ertheilten göttlichen Auftrage [38]) oder

b) in einem Vertrage der Einzelnen mit einander, durch welchen dieselben sich gegenseitig verpflichtet hätten, sich nöthigenfalls in der geeigneten Weise strafen zu lassen [39]), oder

c) in der vorangegangenen Strafdrohung, die noch in Niemandes Freiheit eingreife, der sich der Thäter aber durch seine That freiwillig unterworfen habe [40]), oder

d) in dem Recht auf Gehorsam, das dem Staate gegen dem Einzelnen zustehe und das im Falle des Ungehorsams sich in ein Recht auf Strafe umwandle [41]), oder

e) in einem Anspruche des Verletzten oder der in ihrem Rechtsgefühle Geschädigten auf die für sie in der Strafe liegende Genugthuung [42]), oder

f) in einem Anspruch, den der Thäter selbst entweder wirklich erhebt oder idealer Weise erheben sollte [43]), oder

g) in dem Verhältniß der Nothwehr [44]) oder des Nothstandes [45]), in welchem sich der Staat durch das begangene Delict befinde.

38) So die Auffassung von Stahl, Jarcke, Bekker (vgl. oben Seite 23), auch Kitz (vgl. oben Seite 17 Anmerkung 5).

39) So die sog. naturrechtliche Auffassung, besonders bei Rousseau, contract social 1762; Beccaria, dei delitti e delle pene 1764; Filangieri, System der Gesetzgebung, deutsch Ansbach 1789 2. Aufl. Bd. IV S. 16; Fichte, Naturrecht II 1797 S. 95 ff.

40) So Feuerbach (vgl. oben Seite 18 Anm. 10).

41) Binding, Grundriß 3. Aufl. Seite 81 f.; ähnlich Waag, Zusammenhang des Civilrechts und des Strafrechts 1883. Vgl. oben Seite 24.

42) Vgl. oben Seite 18.

43) So die Auffassung Hegel's, der die Strafe, als ein Recht des Thäters selber bezeichnet, was sich aber nur als eine Uebertreibung der richtigen Auffassung, daß die Strafe im Wesen des Rechtes begründet ist, darstellt.

44) G. E. Schulze, Principien des bürgerlichen Rechts Göttingen 1813; Martin, Lehrbuch 1820; v. Droste-Hülshof, Einleitung in das Criminalrecht Bonn 1826.

45) So eine weitverbreitete Auffassung; vgl. v. Liszt, Zeitschrift für Strafr.w. 1883 S. 9, Lehrbuch S. 9 ff, der die Strafe als einen Act der Selbsterhaltung (der menschlichen Gemeinschaft) bezeichnet.

Vielmehr genügt zur rechtlichen Begründung der Strafe, daß es dem Wesen des Rechtes entspricht, die Unzulässigkeit der den Interessen des Gemeinwesens widersprechenden Handlungen nöthigenfalls durch Strafe zum Ausdruck zu bringen. Zweck und Rechtsgrund der Strafe sind also derselbe: Herstellung vergeltender Gerechtigkeit, die aber durch mehr äusserliche Gesichtspunkte bedingt und näher bestimmt ist.

4) Von nur nebensächlicher Bedeutung für die richtige Auffassung der Strafe sind diejenigen Aeusserungen über Zweck und Rechtsgrund der Strafe, die sich in den Quellen des positiven Rechts gelegentlich vorfinden, wobei aber, wie die nachfolgende Auswahl zeigt, entsprechend der wirklichen Bedeutung der Strafe am Meisten die Zwecke der Vergeltung und der Abschreckung hervorgehoben werden;

l. 6 §. 1 Dig. de poenis 48, 19 (Ulpian): ut exemplo deterriti minus delinquant.

l. 6 §. 1 Dig. de custodia reorum 48, 3 (Marcianus): ut vindicet in exemplum, ne quid et aliud postea tale facere moliatur.

l. 20 Dig. de poenis 48, 19 (Paulus): quod poena constituitur in emendationem hominum.

can. 63 Dist. I de poenitentia (Augustinus): non sufficit mores in melius commutare et a praeteritis malis recedere, nisi etiam de his, quae facta sunt, satisfiat Deo per poenitentiae dolorem, per humilitatis gemitum, per contriti cordis sacrificium, cooperantibus eleemosynis et jejuniis.

cap. 2 Causa XXI quaestio 2: nam non poterit in talibus propagationis aboleri licentia, nisi fuerit in eis propter correptionem disciplinae subsecuta correctio.

Glosse zum Sachsenspiegel II Art. 13: Darum henket man die diebe in die höhe und begraebet sie selten, auf daß sie Jedermann sehe und dadurch geschrecket werde dergleichen zu lassen.

Carolina Art. 104: aus lieb der gerechtigkeit und umb gemeynes nutz willen. Art. 130: zu merer forcht anderen. Art. 137: umb größer forcht willen.

Der Entwurf des Preußischen Allgemeinen Landrechts Theil II Titel 20 §. 24 sagte: „der Zweck der Strafen

ist vorzüglich die Sicherheit des Staats und seiner Einwohner, zugleich aber auch die Besserung des Verbrechers durch Züchtigung der schädlichen Leidenschaft, die ihn zu dem Verbrechen bewogen hat." — Eine Anmerkung zu §. 82 erklärte für den Hauptzweck Abschreckung der Menge von den Verbrechen.

Motive zu dem Württembergischen Entwurf von 1835: Der Gesetzgeber habe der Neigung zu Verbrechen durch die Strafe entgegenzuwirken; desgleichen habe er Prävention auszuüben, indem er die schwersten Verbrecher gänzlich aus der bürgerlichen Gesellschaft entferne; zugleich habe er die Vollziehung der Strafen dazu zu benutzen, auf die moralische Besserung der Verbrecher einzuwirken.

Motive zu dem Braunschweigischen Strafgesetzbuch von 1840: Keine einzelne Theorie könne als Grundlage dienen. Der Zweck des Gesetzbuchs müsse vielmehr zugleich Abschreckung, Warnung, Wiedervergeltung und Besserung sein.

Aehnlich die Berathungen zu dem preußischen Entwurfe von 1843 (Goltdammer, Materialien I S. 78 ff.).

In den Motiven zum norddeutschen und jetzigen Reichsstrafgesetzbuch (Motive zu Entwurf I S. 3) wurde eine Auslassung Seitens des Gesetzgebers über sog. Principienfragen als „erfahrungsmäßig weniger ersprießlich, oft sogar gefährlich" bezeichnet. Der Inhalt des Reichsstrafgesetzbuchs aber entspricht im Ganzen der oben erwähnten Verbindung des Vergeltungszweckes mit den practischen Zwecken der Strafe, ohne daß über die Richtigkeit dieser Verbindung und ihrer Consequenzen im Einzelnen an dieser Stelle etwas gesagt sein sollte. —

§. 4 (3, 22, 72).

Voraussetzungen der Bestrafung.

1) Voraussetzung oder Bedingung der Bestrafung ist vor Allem

a) ein bestimmtes Geschehen, und zwar ein Geschehen,

das von einer physischen Person [1]) ausgeht, und zwar von einer solchen physischen Person, die verantwortlich gemacht werden kann für ihre Entschließung, der also sog. Zurechnungsfähigkeit zukommt.

b) Und zwar muß jenes Geschehen nicht nur äußerlich auf die Person zurückzuführen sein, sondern aus ihrem Willen hervorgehen, mit andern Worten: es darf jenes Geschehen nicht auf Zufall [2]), sondern muß auf subjectiver Verschuldung beruhen. Dies aber kann der Fall sein entweder in der Art, daß dieser Wille positiv auf das betreffende Geschehen gerichtet war, oder in der Art, daß derselbe nicht auf die Abwendung desselben bedacht war, worauf sich der Unschied zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Verübung begründet.

c) Was sodann die Art jenes Geschehens betrifft, so wäre es nicht völlig undenkbar, daß der Mensch schon für rein innere Vorgänge strafrechtlich verantwortlich gemacht würde, die jedoch mit den Interessen der Rechtsordnung in einem viel zu entfernten Zusammenhange stehen, um unter Strafe gestellt zu werden, weßhalb im Rechte von jeher nur äußere Vorgänge unter Strafe gestellt sind [3]), die ihrerseits theils Handlungen, theils Unterlassungen sein können, jedoch unter dem Namen Handlungen (im weiteren Sinne) zusammengefaßt werden [4]).

d) Fragt sich aber, was für Handlungen es sind, die unter Strafe gestellt sind, so kann nicht davon die Rede sein, alle unsittlichen Handlungen zu bestrafen, wohl aber ist

1) Ueber Begehung von Delicten durch eine juristische Person siehe unten im allgemeinen Theile.

2) Zufall im Rechtssinne ist Alles, was nicht vorsätzlich oder fahrlässig verübt ist. Zu eng Windelband, Lehren vom Zufall Berlin 1870 S. 56 f., von welchem Alles unvorsätzliche Geschehene, zu weit Binding, Normen II S. 38, von welchem Alles nicht auf menschlicher Handlung beruhende Geschehen Zufall genannt wird.

3) Vgl. den Ausdruck Ulpians (lex 18 Dig. de poenis 48, 19): „Cogitationis poenam nemo patitur."

4) Daß dahin auch Aeußerungen gehören können, versteht sich von selbst; Sache besonderer Fortsetzung aber ist, ob die Ankündigung ein Delict begehen zu wollen, schon als solche strafbar sein solle (vgl. unten die Lehre von der Bedrohung).

es das Gebiet der unsittlichen Handlungen, aus welchem die strafbaren Handlungen entnommen werden. Dies jedoch nur in dem Sinne, daß es die durchschnittlich unsittlichen Handlungen sind, die vom Gesetze unter Strafe gestellt werden, was nicht ausschließt, daß die betreffende Handlung sich im einzelnen Falle als moralisch entschuldigt, ja als moralisch geboten darstellt[5]). Handelt es sich aber darum, den Kreis der strafbaren Handlungen positiv zu umschreiben, so kann die Antwort nur dahin ausfallen, daß es die dem Bestande und der Fortentwickelung, also den Interessen des Gemeinwesens widerstreitenden Handlungen[6]) oder, sofern die rechtlich geschützten Interessen auch Rechtsgüter genannt werden, die Verletzung von Rechtsgütern ist, welche wir unter Strafe gestellt finden[7]). Dabei kann es sein, daß das betreffende Rechtsgut an eine Person als Träger desselben geknüpft ist oder auch sich in einem körperlichen Gegenstand oder einer Sache verkörpert,

5) Anders Hälschner preuß. Strafrecht I S. 38 ff., deutsches Strafrecht I S. 15 ff., 200, 528; v. Bar, Grundlagen S. 5 ff. Handbuch I S. 312 ff.; Kitz, Princip der Strafe 1874; Dahn, Vernunft im Recht S. 204, nach denen das Delict stets eine unsittliche Handlung sein soll. Oder gar Witte, Freiheit des Willens S. 274, der das Verbrechen vorbehaltslos für den höchsten Grad moralischer Verworfenheit erklärt.

6) Aehnlich Ihering, Zweck im Recht I 2. Aufl. S. 490 f., von welchem das Delict, „die von Seiten der Gesetzgebung constatirte Gefährdung der Lebensbedingungen der Gesellschaft“ genannt wird. Mit Unrecht will Hertz, Unrecht S. 65 ff. nur Interessen des Einzelnen und nicht Interessen der Gesammtheit gelten lassen.

7) Ueber den Begriff des „Rechtsguts“ Birnbaum, Archiv 1834 S. 175 ff.; Merkel, Abhandlungen I S. 101; Binding, Normen I S. 187 ff. Gegen denselben Geyer, Zeitschrift für Strafr.w. 1881 S. 48, krit. Vierteljahrsschrift 1883 S. 441; Kessler, Einwilligung des Verletzten S. 54 ff. Doch ist nicht einzusehen, warum das rechtlich geschützte Interesse nicht Rechtsgut solle genannt werden können, falls man nur nicht von der Anschauung der Normentheorie (Binding, Normen I S. 189 ff.) ausgeht, daß das betreffende Interesse durch einen von der Strafdrohung verschiedenen Rechtssatz geschützt sei (vgl. unten Nr. 8). Uebrigens wird der Begriff des Rechtsguts sowohl von Binding wie v. Liszt (Lehrbuch) zu eng gefaßt, welcher Letztere deßwegen eigentliche und uneigentliche Rechtsgüter unterscheidet.

was aber keineswegs bei allen oder auch nur bei der Mehrzahl der Delicte der Fall ist.

e) Keineswegs aber sind es alle den Interessen des Gemeinwesens widerstreitenden Handlungen, welche gestraft werden; vielmehr kommt es darauf an, ob nicht entgegenstehende Rücksichten die Criminalisirung derselben verbieten oder als unzweckmäßig erscheinen lassen[8]). Hierhin gehört, ob die Handlung durchschnittlich Erheblichkeit genug besitzt[9]), um zum Gegenstand eines immerhin kostspieligen und mühsamen Verfahrens gemacht zu werden, ferner ob sie bestimmt genug festgestellt werden kann, um zum Gegenstand der gerichtlichen Feststellung gemacht zu werden, und endlich ob durch ihre Ermittlung und Bestrafung nicht entgegenstehende Interessen überwiegender Art verletzt werden würden. Und durch die Erwägung dieser Rücksichten geschieht es, daß die Grenze des Criminalgebietes[10]) weit enger gezogen ist, als dies nach dem vorangestellten positiven Gesichtspunct der Fall sein müßte, und daß nicht einmal die schuldhafte Verletzung einer dem Thäter obliegenden Rechtspflicht in allen Fällen unter Strafe gestellt ist. — Keineswegs richtig aber ist, daß mit steigender Kultur das Criminalgebiet überhaupt sich verengert[11]); richtig ist nur, daß das Recht mit der Zeit auf die Strafbarkeit einzelner Handlungen verzichtet, die ihrer Natur nach besser der sittlichen Beurtheilung

8) Nicht richtig ist es, wenn man diesen negativen Gesichtspunct in der Art in einen positiven verwandelt, daß die strafbare Handlung den Character einer besonderen Gefährlickeit oder eines grundsätzlichen Angriffs auf die Rechtsordnung haben müsse.

9) Dafür kommt auch die Häufigkeit der Verübung in Betracht, die das Zeichen einer tiefer liegenden Störung sein kann. Vgl. v. Liszt, Lehrbuch S. 37.

10) Untersuchungen hierüber siehe bei Merkel, Abhandlungen I S. 41 ff.; v. Bar, Grundlagen S. 44 ff., Handbuch I S. 332; Dahn, Vernunft im Recht S. 175 ff.; H. Meyer, Gerichtssaal 1881 S. 101 ff.

11) Wie dies von einigen Seiten behauptet wird, (so von Geyer, v. Holtzendorff's Encyclopaedie 4. Aufl. S. 884; v. Bar, Handbuch I S. 343), im Widerspruch mit der Thatsache, daß im heutigen Recht eine Menge von Delicten bestraft werden, von deren Strafbarkeit im älteren deutschen Recht und auch im römischen Recht keine Rede war.

überlassen bleiben, was insbesondere bei einem Vergleiche des modernen Strafrechts mit dem censorischen Strafrecht der Römer sowie mit dem canonischen Strafrecht hervortritt.

f) Nur eine Seite dieses Gegenstandes ist es, auf welche die vielerörterte Frage nach dem Verhältniß des Civilunrechts und des Criminalunrechts zu einander Bezug hat[12]), wobei es vor Allem auf das Verhältniß der straflosen zu den strafbaren Vermögensverletzungen ankommt. Dabei versteht es sich von selbst, daß nur von der Strafbarkeit schuldhafter Vermögensverletzungen die Rede sein kann[13]). Wo aber die Grenze zwischen denjenigen schuldhaften Vermögensverletzungen liegt, welche nur civilrechtliche Folgen nach sich ziehen, und denjenigen, welche zugleich bestraft werden, ist nicht durch eine allgemeine Formel zu bestimmen[14]), sondern ist abhängig von denselben, nicht selten sich kreuzenden Erwägungen, welche überhaupt für die Begrenzung des Criminalgebietes als maßgebend erscheinen. Daß dasselbe aber nach dieser Richtung im geltenden Recht ziemlich eng be-

12) Ihering, Schuldmoment im römischen Privatrecht, Gießen 1867, Zweck im Recht I 2. Aufl. S. 483 ff; Hälschner, Gerichtssaal 1869 S. 81 ff., 1876 S. 401 ff; Merkel, Abhandlungen I S. 1 ff.; Heyssler, Civilunrecht, Wien 1870, Zeitschrift von Grünhut 1879 S. 357 ff; Heinze, Gerichtssaal 1869 S. 397 ff., v. H. Handbuch I S. 321 ff.; Binding, Normen I S. 142 ff.; Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht S. 1 ff, Hertz, Unrecht S. 22 ff.; Zucker, Zeitschrift von Grünhut 1882 S. 492 ff.; Waag, Zusammenhang des Civilrechts und des Criminalrechts Mannheim 1883.

13) Ob hinreichender Anlaß vorliegt, den Ausdruck Civilunrecht auf das schuldhafte Civilunrecht zu beschränken (wie dies von Merkel, Binding, Hertz u. A.) verlangt wird, können wir dem Civilrecht überlassen.

14) Theils zu allgemein, theils zu eng war die Formel von Hegel, nach welcher das Criminalunrecht das bewußte, das Civilunrecht das unbewußte Unrecht sein soll, wobei einmal die strafbare Fahrlässigkeit übersehen ist und sodann außer Acht bleibt, daß es unthunlich ist, alles bewußte Unrecht zu strafen. — Nur eine Umschreibung ist es, im Criminalunrecht eine grundsätzliche Rechtsverletzung oder eine Verletzung der Rechtsordnung, des Rechtsinstitutes (nicht bloß des subjectiven Rechts) zu erblicken (woran Hälschner d. Strafrecht S. 27, 452. noch festhält).

grenzt ist, zeigt eine Erwägung des rechtswidrigen Gebrauchmachens von fremden Sachen (furtum usus) und der fahrlässigen Sachbeschädigung, die im geltenden Recht so gut wie gar nicht, und der schuldhaften Nichterfüllung von Verträgen, die im geltenden Recht nur in einigen ganz besonderen Fällen (siehe unten bei den Vermögensdelicten) unter Strafe gestellt ist. Erklärlich ist dies allerdings dadurch, daß bei Vermögensverletzungen schon eine anderweite Reaction der Rechtsordnung besonders naheliegt, nämlich die Verpflichtung zum Schadensersatz. Doch ist nicht zweifelhaft, daß in erheblicheren Fällen der Verschuldung auch bei Vermögensverletzungen die Verpflichtung zum Schadensersatz nicht ausreicht, sondern neben derselben die Strafbarkeit der betreffenden Fälle anerkannt werden sollte.

g) Keine Handlung aber ist unter allen Umständen strafbar[16]); vielmehr giebt es Verhältnisse, unter denen selbst die sonst schwerste Handlung aus besonderen Gründen rechtlich erlaubt sein kann, wie dies theils bei der Erfüllung einer Rechtspflicht, theils bei der Ausübung einer rechtlichen Befugniß, theils bei dem Vorhandensein einer dem Rechte entsprechenden Entschuldigung der Fall ist, — Schuldausschließungsgründe, von denen im Strafgesetzbuch selbst allerdings nur einige wenige (Nothwehr und Nothstand) genannt sind, ohne daß deßwegen aber die übrigen ausgeschlossen sein sollten.

h) Unrichtig aber wäre es, daß in allen Fällen nicht die schuldhafte Handlung als solche, sondern die schuldhafte Uebertretung einer rechtlichen Vorschrift unter Strafe gestellt sei[17]).

16) Vgl. darüber im allgemeinen Theil die Lehre von der Rechtswidrigkeit der That oder den sog. Schuldausschließungsgründen.

17) Wie dies schon früher von Vielen behauptet wurde (vgl. die Lehre von der subjectiven Verschuldung) und in besonders systematischer Durchführung von der sog. Normentheorie behauptet wird. Vgl. Binding, die Normen und ihre Uebertretung Bd. I 1872, Bd. II 1877. Für dieselbe Oetker, Einfluß des Rechtsirrthums, Kassel 1876; v. Rohland, internationales Strafrecht I Leipzig 1877; Rosin, Polizeiverordnungsrecht S. 16 ff. 73 ff.; Ortloff, Gerichtssaal 1882 S. 401 ff.; Sturm, Commissivdelicte S. 15; Janka, oesterr. Strafrecht S. 29. Gegen dieselbe Wach, Gerichtssaal 1873 S. 432 ff.; Laband, Staats-

Richtig ist nur, daß der Thatbestand einzelner Delicte ein Handeln gegen eine rechtliche Vorschrift, gegen eine rechtliche Einrichtung oder gegen das Recht eines Anderen erfordert; mißverständlich aber ist es, dies auf alle Delicte ausdehnen zu wollen und zu diesem Zwecke theils dem sonstigen Rechtsgebiet, theils den Strafgesetzen selbst sog. Normen zu entnehmen[18]), d. h. selbstständige Rechtssätze, in deren schuldhafter Verletzung das Wesen des Delictes bestehen soll, — eine Auffassung, welche, de lege ferenda von sehr zweifelhaftem Werth, ganz gewiß nicht der Auffassung entspricht, in welcher wir die strafbaren Handlungen im positiven Recht unter Strafe gestellt finden[19]).

i) Wohl aber entspricht es der Natur der modernen Verhältnisse, daß die Bestimmung dessen, was gestraft werden soll, nicht dem richterlichen Ermessen überlassen ist, sondern daß der Gesetzgeber die zu bestrafenden Handlungen bezeichnet (nullum crimen sine lege), was nach den neueren Gesetzgebungen sogar so weit geht, daß die gesetzlichen Strafbestimmungen auch nicht im Wege der Analogie auf andere Fälle ausgedehnt werden sollen (vgl. unten die Lehre vom Strafgesetz).

recht I S. 437; v. Bar, krit. Viertelj. 1873 S. 560 ff.; Geyer, daselbst 1877 S. 402 ff.; Lucas, subjective Verschuldung S. 61. — Eigenthümlich v. Liszt, Lehrbuch 2. Aufl. S. 73, der sich für die Normentheorie, aber gegen das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als Erforderniß des Dolus entscheidet; umgekehrt Merkel, Abhandlungen I S. 38, Encyclopaedie S. 35, der sich für das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, aber gegen die Normentheorie ausspricht.

18) Wer wollte läugnen, daß mittelbar in jedem Strafgesetze allerdings ein solcher Imperativ enthalten ist? und bekannt ist auch, daß einzelne Imperative im Rechtssystem als solche vorkommen (vgl. Reichsverfassung Art. 32); zu den größten Mißverständnissen aber muß es führen, wenn überall da, wo das Gesetz an ein bestimmtes Verhalten z. B. die Verpflichtung zum Schadensersatz geknüpft hat, dies Verhalten als verboten angesehen werden sollte. Vgl. die Verpflichtung zum Schadensersatz für eine im Nothstand begangene Handlung (siehe unten beim Nothstand).

19) Die oben erwähnten Schuldausschließungsgründe müssen vom Standpunct der Normentheorie als Ausnahmen von der Norm erscheinen. — Aufgegeben übrigens wurde von Binding (vgl. Normen II Vorrede) der Satz, daß die Norm stets auch zeitlich dem Strafgesetze vorangehe.

k) Von selbst versteht sich, dass die strafbare Handlung im Gesetze nicht zu allgemein und nicht zu speciell gefasst sein dürfe, zwei Fehler, die insbesondere im früheren Rechte vielfach gemacht wurden, und von denen auch das geltende Recht nicht frei ist. Ebenso sollte sich von selbst verstehen, daß die Delicte in der Regel einer gesetzlichen Definition bedürfen und daß es bedenklich ist[20]), wenn das Gesetz zur Bezeichnung der strafbaren Handlung die (in der Regel zu enge) volkstümliche Benennung des Delictes verwendet[21]). Als unwesentlich aber muss es erscheinen, ob die Handlung für sich (in einer besonderen Strafvorschrift) bedroht ist oder ob, wie dies auch im geltenden Recht mehrfach geschieht, verschiedene strafbare Handlungen in einem sog. Mischthatbestand[22]) zusammengefaßt werden.

l) Als Bezeichnung für den Begriff der strafbaren Handlung kann jetzt nicht mehr der Ausdruck „Verbrechen“ dienen[23]), da derselbe (vgl. unten unter 2^d) gesetzlich nur zur Bezeichnung der schwersten Klasse von strafbaren Handlungen verwandt wird. Da aber auch die Ausdrücke Missethat, Übelthat, Straffall oder Strafthat nicht als geeignet erscheinen[24]) — am Meisten annehmbar wäre noch der Ausdruck „Verfehlung“ oder „Vergehung“[25]) —, so bleibt nichts übrig, als sich im wissenschaftlichen Sprachgebrauch des römischrechtlichen Ausdruckes „Delict“ zu bedienen, der von

20) Die Irrthümer, welche durch den Mangel einer Definition z. B. bei der Beleidigung hervorgerufen wurden, sollten doch davor warnen, eine Definition z. B. auch beim Diebstale für überflüssig zu erklären, was mehrfach geschehen ist.

21) A. Mg. Schütze, Gerichtssaal 1883 S. 131.

22) Vgl. Binding, Normen I S. 109 ff., wo natürlich von dem Zusammentreffen mehrerer Normen und eines Strafgesetzes die Rede ist.

23) Anders Wächter, Binding, v. Liszt, welche nach wie vor den Ausdruck „Verbrechen“ im allgemeineren Sinne verwenden

24) Oder gar die Ausdrücke des älteren Rechts „Mißhandlung“, „Verhandlung“, „Laster“, „Ueberfahrung“, „Unthat“. — Vom Reichsgericht wird nicht selten der Ausdruck „Strafthat“ verwendet

25) Letzterer von uns selbst in den „Grundzügen des Strafrechts mit Berücksichtigung der ausländischen Gesetzgebung“ (Leipzig 1877) verwendet; vgl. auch Stephen, Zeitschrift 1881 S. 462.

anderer Seite zwar im Unterschied zur strafbaren Handlung von der rechtswidrigen Handlung gebraucht wird[26]), dem aber viel zu sehr das Moment der Strafwürdigkeit anhaftet, als daß es richtig sein könnte, ihn für jede etwa zum Schadensersatz verpflichtende Handlung zu verwenden[27]).

m) Wie übrigens für die moralische Beurtheilung nicht so sehr die einzelne That in Betracht kommt, als die Gesinnung, aus welcher die That hervorging, so braucht auch rechtlich die That nicht durchaus als vereinzelte Erscheinung aufgefaßt zu werden. Vielmehr gestattet in der Regel die Strafzumessung, bei der Bestrafung der That auf ihr Verhältniß zu der gesammten Persönlichkeit des Thäters Rücksicht zu nehmen, sodaß auch rechtlich nicht so sehr die einzelne That, als der Thäter wegen der einzelnen That bestraft wird. Nur so erklärt sich einerseits die Behandlung, welche das Zusammentreffen mehrerer Delicte in der Person desselben Thäters im positiven Rechte findet, und nur so andererseits erklärt sich die Behandlung der gewohnheitsmäßigen Verübung, deren schwerere Bestrafung gegenüber der einfachen Verübung bei einer vereinzelten Betrachtung nicht gerechtfertigt sein würde, sich aber dadurch erklärt, daß es auch im Strafrecht auf den Zusammenhang der That mit dem übrigen Verhalten des Thäters ankommt (vgl. unten § 5 unter d).

2) In sich verschieden sind die Delicte

a) danach, ob sie in einer Verletzung[28]) des betreffenden Rechtsgutes bestehen oder eine Gefährdung desselben enthalten oder ob die Handlung als solche (wegen der ihr möglicherweise zukommenden Gefährlichkeit) unter Strafe gestellt ist[29]). Dabei wohnt dem Begriffe der Gefahr

26) So Binding, die Normen und ihre Uebertretung Bd. I S. 135 ff.

27) Vgl. z. B. das oben (Anm. 18) von der Nothstandshandlung Gesagte. Auch Hrehorowicz, Grundbegriffe 2. Auflage S. 75.

28) Verletzung im engeren Sinne, während der Ausdruck Verletzung auch im weiteren Sinne gebraucht werden kann, wonach von ihm (vgl. auch oben Seite 30) die Gefährdung mit umfaßt wird.

29) Gegen den Begriff der Gefahr ohne Grund Hertz, Unrecht S. 79 ff. Nicht richtig v. Liszt, Reichsstrafrecht S. 8, daß Gefährdung nur die Herbeiführung eines solchen Zustandes bedeute, in welchem der Erfolg in mehr als 50 % der Fälle einzutreten pflegte; vielmehr kann unter Umständen ein viel geringerer Procentsatz genügen.

zwar objectiv keine Realität bei, da objectiv (alle vorhandenen und kommenden Umstände in Betracht gezogen) das Ereigniss immer mit Sicherheit entweder eintritt oder nicht eintritt, wohl aber insofern, als derjenige Zustand, in welchem eine Verletzung vernünftiger Weise zu befürchten ist, mit Recht der Zustand einer Gefahr genannt wird. Unter Gefährdung aber ist diejenige Handlung zu verstehen, durch welche eine Gefahr in diesem Sinne entweder herbeigeführt oder wesentlich verstärkt wird.

b) Nach der Verschiedenheit des verletzten Rechtsgutes[30]). Und zwar wurden in dieser Beziehung die Delicte lange Zeit eingetheilt in solche, durch welche der Einzelne in seinen Rechtsgütern verletzt wird: sog. Privatdelicte (in diesem Sinne, nicht zu verwechseln mit demjenigen Begriff von Privatdelicten, von welchem oben, Seite 13, die Rede war), und in solche Delicte, die als gegen den Staat gerichtet erscheinen: öffentliche oder Staatsdelicte[31]). Doch ist diese Ein-

30) Vgl. hierüber Wächter, Lehrbuch II Vorrede, Vorlesungen S. 315 f.; Hälschner, preußisches Strafrecht II S. 1 ff., deutsches Strafrecht II S. 1 ff.; Schütze, Lehrb. S. 220 ff.; Ihering, Zweck im Rechte I 2. Aufl. S. 435 ff.; Fuld, Gerichtssaal 1883 S. 33 ff. (mit Rücksicht auf die Statistik der Delicte); v. Liszt, Lehrbuch S. 289 ff. — Diese Eintheilung ist es, welche der Eintheilung der Delicte im besonderen Theil zu Grunde zu legen ist, natürlich nur so, daß in erster Linie die Natur des betheiligten Rechtsgutes, in zweiter Linie die Art der Verletzung desselben in Betracht kommt. Daß die wissenschaftliche Darstellung nicht der (vielfach nur zufällig gewählten) Anordnung des Gesetzes zu folgen habe (der sog. Legalordnung), versteht sich von selbst. Ueber die Anordnung des besonderen Theils im Reichs-St.G.B. siehe unten bei den Quellen. — Logischer Weise gehört übrigens diese Erörterung nicht an den Anfang des besonderen Theils, an welchen dieselbe meistens (so auch früher von uns) gestellt wurde, sondern recht eigentlich in den allgemeinen Theil oder in die Einleitung.

31) So die meisten älteren Strafgesetzbücher, insbesondere Bayern 1813, Württemberg 1839, Braunschweig 1840; so ferner Feuerbach und Wächter und von Neueren Lueder (Grundriß), Sontag (krit. Viertelj.schrift 1877 S. 28 f.), Ortloff (die strafbaren Handlungen 1883). Dabei wurden von Bayern 1813 noch die Privatdelicte vorangestellt, wogegen schon im preuß. Landrecht der Anfang mit den Staatsdelicten gemacht wurde. Vom Standpuncte des Gesetzgebers begreiflich, ist

theilung offenbar unvollständig, da viele Delicte, z. B. Meineid und Brandstiftung, weder als Delicte gegen den Einzelnen noch als Delicte gegen den Staat erscheinen oder nur gezwungen unter die Delicte gegen den Staat eingereiht werden können, wie dies allerdings (vgl. unten) von einer früheren Richtung geschehen ist, die sich nicht scheute u. A. die Sittlichkeitsdelicte nur aus dem Gesichtspuncte der Verletzung polizeilicher Interessen unter Strafe zu stellen. Aber auch die Aufstellung einer mittleren Gruppe: Delicte gegen die allgemeinen Interessen[32]) oder gegen die Gesellschaft[33]) kann nicht als das Richtige erscheinen, da genauer zugesehen nicht nur die öffentliche Sicherheit und Sittlichkeit, sondern auch die Unversehrtheit des Einzelnen und des Staates als ein allgemeines Interesse, bzw. als ein Interesse der Gesellschaft erscheint. Es kommt hiezu, daß die Delicte gegen das Vermögen und einige andere meist zu den Delicten gegen den Einzelnen gestellte Delicte[34]) keineswegs nothwendig gegen den Einzelnen gerichtet sind, sondern auch gegen den Staat oder ein sonstiges unpersönliches Rechtssubject gerichtet sein können. Soll also das System der Delicte nicht in eine regellose Anzahl verschiedener Gruppen aufgelöst werden, so ist nach einer anderen wirklich zutreffenden Eintheilung zu suchen. Eine solche aber ist gefunden, sobald die alte Eintheilung in Privatdelicte und Staatsdelicte nur um ein Geringes modificirt wird, nämlich dahin, daß in die erste Gruppe die Delicte gegen solche Rechtsgüter, deren Subject der Einzelne sein kann (sog. persönliche Rechtsgüter), und in die zweite Gruppe die Delicte gegen solche

diese letztere Anordnung nicht richtig für die wissenschaftliche Darstellung, da der Thatbestand der Staatsdelicte mehrfach den der Privatdelicte voraussetzt.

32) So die beiden ersten Auflagen dieses Buches, eine Eintheilung, welche in der dritten Auflage desselben, wie schon in den „Grundzügen" des Verfassers zu Gunsten einer Viertheilung (Person, Vermögen, allg. Rechtsgüter, Staat) aufgegeben wurde.

33) So Ihering, Zweck im Recht I 2. Aufl. S. 495 ff.

34) So der Hausfriedensbruch und die Verletzung des Urheberrechts, mit Recht erwähnt von v. Liszt, Zeitschrift für Strafrechtswissensch. 1838 S. 173.

Rechtsgüter, deren Subject der Einzelne nicht sein kann (allgemeine Rechtsgüter) gestellt werden. Hierin ist in der That eine erschöpfende Eintheilung gegeben[35]), wonach u. A. die Delicte gegen das Vermögen, obwohl sie nicht nothwendig gegen den Einzelnen gerichtet sind, dennoch in die erste Gruppe und die Delicte gegen die äußere Sicherheit, gegen den rechtlichen Frieden, gegen Religion und Sittlichkeit, obwohl sie keineswegs specifische Delicte gegen den Staat sind, neben den Delicten gegen den Staat in die zweite Gruppe gehören[36]).

c) Sehr unbestimmt und im geltenden Rechte nicht verwerthet ist die Eintheilung der Delicte in Criminalunrecht und Polizeiunrecht, eine Eintheilung, der aber dennoch eine, wenn auch nur theoretische, Bedeutung zukommt. Unrichtig freilich ist es α) unter Criminalunrecht diejenigen Delicte zu verstehen, durch welche ein subjectives Recht verletzt wird, unter Polizeiunrecht diejenigen, bei welchen dies nicht der Fall ist[37]), oder β) unter Criminalunrecht diejenigen Delicte, welche eine Verletzung, unter Polizeiunrecht diejenigen, welche eine Gefährdung enthalten[38]). Auch läßt sich γ) der Kreis des Polizeiunrechts nicht auf diejenigen Fälle beschränken, in welchen nicht eine Handlung als solche, sondern (vgl. die

35) Sie entspricht ganz der thatsächlichen Gestaltung der Rechtswelt, in welcher es theils auf die einzelne Person, theils auf das Interesse der verschiedenen Personen ankommt.

36) Der Verfasser kann den Wunsch und die Hoffnung nicht unterdrücken, daß mit dieser, im Grunde naheliegenden, Lösung der alte Streit über die oberste Eintheilung der Delicte, der auch ihn lange Zeit beschäftigt hat, zur Ruhe gekommen sein möge.

37) Es war dies die auf einer Ueberschätzung des Einzelnen beruhende Anschauung des vorigen Jahrhunderts, die noch bei Feuerbach und Wächter nachwirkte, gegen die aber Birnbaum (über das Erforderniß einer Rechtsverletzung im Begriff des Verbrechens, Archiv 1834) auftrat.

38) Grolman, Lehrbuch §. 365; Köstlin, System §. 78; Seeger, Goltd. Archiv 1870 S. 243; Geyer, kritische Viertelj schrift 1875 S 43; Kärcher, Gerichtssaal 1883 S. 490; Merkel, Encyclopaedie S. 317. Dabei begeht Köstlin zugleich den logischen Fehler, nur das Criminalunrecht für das wirkliche, das Polizeiunrecht für das bloß mögliche Unrecht zu erklären.

Lehre vom Strafgesetz) ein Zuwiderhandeln gegen eine polizeiliche Vorschrift unter Strafe gestellt ist[39]). Nicht völlig richtig ist auch δ) daß Criminalunrecht dasjenige Unrecht sei, welchem eine sachliche Bedeutung beiwohnt, Polizeiunrecht dasjenige, welches nur formell, nämlich als Gesetzesübertretung in Betracht komme[40]). Zutreffend ist vielmehr nur die Unterscheidung, wonach Criminalunrecht diejenigen Delicte sind, deren sachliche Bedeutung im Vordergrund steht, Polizeiunrecht diejenigen Delicte, bei denen die sachliche Bedeutung hinter ihre formelle Bedeutung (als bloßer Gesetzesverletzung) zurücktritt, was keineswegs nur bei den um ihrer möglichen Gefährlichkeit willen unter Strafe gestellten Handlungen, sondern auch bei allen wirklich geringfügigen Delicten der Fall ist[41]). Mit Recht aber ist diese ihrer Natur nach unbestimmte Eintheilung im geltenden Rechte nicht zur Unterscheidung verschiedener Classen von Delicten verwerthet; insbesondere fällt der Kreis des Polizeiunrechts nicht mit den in besonderen Polizeistrafgesetzen[42]) enthaltenen Delicten oder gar mit den sog. „Uebertretungen" des Strafgesetzbuchs zusammen, da auch unter den übrigen Delicten solche sind, die als bloßes Polizeiunrecht angesehen werden können[43]), und da nicht allen Uebertretungen der Character bloßen Polizeiunrechts beiwohnt.

39) Noch weniger natürlich auf diejenigen Fälle, in welchen die Strafprozeßgesetze (vgl. St.P.O. §. 453) den Erlaß einer polizeilichen Strafverfügung gestatten.

40) Hälschner, preußisches Strafrecht I S. 1, deutsches Strafrecht I S. 35; Merkel, Abhandlungen I S. 35 ff.; Binding, Normen I S. 179 ff. 204 ff.; Weingart, Anwendung der allg. Grundsätze S. 5 ff.; Rupp, modernes Recht und Verschuldung Tüb. 1880 S. 78 ff.; Jellinec, socialethische Bedeutung S. 122; v. Liszt, Lehrbuch S. 102. Dabei werden von Binding selbst Zweikampf, Bedrohung, Nöthigung und Kuppelei (!) zum Polizeiunrecht gerechnet.

41) Die Verletzung der Ordnung auf der Straße (St.G.B. §. 366 Nr. 1—5, 8—10, §. 367 Nr. 12) ist auch eine sachliche Verletzung; dennoch wird Jeder sie als Polizeidelict bezeichnen, augenscheinlich weil es sich um eine geringfügige Verletzung handelt.

42) Vgl. unten die Lehre vom Srafgesetz.

43) Vgl. z. B. St.G.B. §§. 139, 145, 284—286.

d) Wohl aber wird auch im geltenden Recht zu Unterscheidungen benutzt die Eintheilung der Delicte nach ihrer Schwere[43]), in welcher Beziehung im früheren Rechte theils eine Zweitheilung[44]), theils eine Dreitheilung[45]) vorkam und das geltende Recht, in Übereinstimmung mit der französischen Gesetzgebung, sich im letzteren Sinne, also im Sinne einer Dreitheilung — Verbrechen, Vergehen und Übertretungen — entscheidet[46]). Dieselbe ist von Bedeutung theils in

43) Kukumus, Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen, Würzburg 1823; Wächter, sächsisch-thüring. Strafrecht S. 308 ff., Beiträge zur Kritik S. 44 ff; John, Entwurf mit Motiven S. 25; Binding, der Entwurf S. 44 ff., Grundriß 3. Aufl. S. 88 ff; Geyer, v. H., Handbuch IV S. 30 ff., Grundriß S. 84 ff., Dochow, Rechtslexicon „Eintheilung der Straffälle"; Voitus, Gerichtssaal 1874 S. 513 ff.; Weiser, württemb. Gerichtsblatt 1881 S. 84 ff.

44) So im früheren gemeinen Recht auf Grund der Carolina, von welcher die Delicte in peinliche und nichtpeinliche oder bürgerlich strafbare Fälle eingetheilt wurden, eine Eintheilung, die dann theils durch die Praxis, theils durch Landesgesetze näher bestimmt wurde (vgl. Wächter, Beilagen S. 126, Vorlesungen S. 123). So auch in älteren Landesgesetzen, von welchen (wie z. B. Bayern 1751) Malefizfälle und bürgerlich strafbare Fälle unterschieden wurden.

45) So schon Oesterreich 1803 (Verbrechen, schwere und leichte Polizeiübertretungen), Bayern 1813 (Verbrechen, Vergehen, Polizeiübertretungen), Hannover 1840 (schwere Straffälle, leichte Straffälle, Polizeiübertretungen), Baden 1845 (ähnlich), sodann Preußen 1851 (Verbrechen, Vergehen, Uebertretungen), Bayern 1861 (ebenso). Vgl. die Eintheilung der Delicte nach dem Code pénal in crimes, délits u. contraventions, wogegen die Eintheilung des englischen Rechts: treason, felonies und midemeanors nicht hierhin gehört, da sie nicht eine Eintheilung der Delicte nach ihrer Schwere darstellt.

46) Gegen dieselbe u. A. Wächter, John, Binding, Geyer, Hälscher, Dochow, v. Liszt; für dieselbe v. Schwarze, Berner, Rubo, Schütze. — Doch hat man schon aufgehört, die Dreitheilung lächerlich zu machen (als wenn dieselbe mehr als eine bloß sprachliche Unterscheidung sein wollte) und findet sie nur noch „entbehrlich", während sie doch sowohl in processualer wie in materiell strafrechtlicher Beziehung gute Dienste leistet. Eigenthümlich v. Liszt, daß die Mittelstufe der Vergehen deswegen entbehrt werden könne, weil dieselbe theils mit den Verbrechen, theils mit den Uebertretungen zusammengefasst werde (als wenn sie nicht gerade dadurch gefordert würde). Auch die Gründe,

processualer Beziehung, indem sie als Grundlage für die Regelung der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte benutzt wird[47]), theils in materiell strafrechtlicher Beziehung, indem die Anwendung einer Anzahl von strafrechtlichen Grundsätzen bei Verbrechen, Vergehen und Übertretungen eine verschiedene sein soll. Im Einzelnen sind in dieser Beziehung a) aus dem allgemeinen Theile die Lehre von dem räumlichen Wirkungskreis des Strafgesetzes (§§. 4, 6), der Versuch (§. 43) und die Theilnahme (§§. 49, 49a), der Verweis (§ 57), die Verjährung (§. 67) und das Zusammentreffen von Delicten (§§. 74, 79) und b) aus dem besonderen Theil die Bedrohung (§§. 126, 241), die Münzdelicte (§. 151), der Meineid (§. 157 Nr. 1) und die Nöthigung (§. 240) zu nennen, wobei theils der Unterschied zwischen Verbrechen und Vergehen auf der einen Seite, von Übertretuugen auf der anderen Seite (so in den §§. 4, 27, 29, 57, 67, 74, 79, 157 Nr. 1, 240), theils der Unterschied von Verbrechen auf der einen Seite, Vergehen und Übertretungen auf der anderen Seite (so in den §§. 6, 43, 49a, 126, 151, 241)[48]), in Betracht kommt. — Der Unterschied selbst aber[49]) ist des Näheren dahin bestimmt (St.-G.-B. §. 1), daß als Verbrechen die mit Todesstrafe, Zuchthausstrafe oder Festungshaft von mehr als fünf Jahren bedrohten Handlungen, als Vergehen die mit Festungshaft bis zu fünf Jahren oder mit Ge-

weshalb Geyer die Eintheilung für ungerecht erklärt, treffen nicht die Dreitheilung selbst, sondern nur ihre Durchführung. — Auch in die neueren ausländischen Entwürfe (so in den neuen russischen Entwurf) ist meistens die Dreitheilung aufgenommen worden.

47) Vgl. Gerichtsverfassungs-Gesetz §§. 72 ff., 80, 127 ff., wo freilich von der Regel, daß die Verbrechen vor die Schwurgerichte, die Vergehen vor die Strafkammern, die Uebertretungen vor die Schöffengerichte gehören, zahlreiche Ausnahmen gemacht sind, Ausnahmen, welche die Regel selbst aber keineswegs als überflüssig erscheinen lassen.

48) Keineswegs richtig also die Behauptung v. Liszt's, daß in dieser Beziehung nur die (in ihrer Angemessenheit bestrittene) Bestimmung über den Versuch in Betracht komme.

49) Die Hauptabweichung vom französischen Recht ist die, daß in letzterem der Kreis der Uebertretungen viel enger bestimmt ist, da in dieser Beziehung als Grenze nur 5 Tage bezw. 15 Francs genannt sind.

fängniß[50]) oder mit Geldstrafe von mehr als 150 Mark bedrohten Handlungen, und als Uebertretungen die mit geringeren Strafen, nämlich mit Haft oder mit Geldstrafe bis zu 150 Mark bedrohten Handlungen genannt sind. — Maßgebend ist also nicht die im einzelnen Falle zu erkennende, sondern die im Gesetze angedrohte[51]) Strafe (die Strafe nicht in hypothesi, sondern die Strafe in thesi), und zwar ist es der Höchstbetrag der im Gesetze gedrohten Strafe, welcher entscheidet, gleichgültig, ob die Strafe für sich allein oder alternativ, bezw. cumulativ mit einer anderen gedroht ist[52]). Versuch und Theilnahme gehören in dieselbe Kategorie, wie das Delict, welches versucht, bezw. zu welchem Theilnahme geleistet wurde. Ebenso bleibt das Delict auf der höheren Stufe, auch wenn wegen jugendlichen Alters[53]) oder wegen „mildernder Umstände" (unbestimmter mildernder Umstände) auf eine niedrigere Strafe herunterzugehen ist[54]). Wo jedoch das Gesetz wegen bestimmter Strafänderungsgründe eine Abweichung von der regelmäßigen Strafe zuläßt oder vorschreibt und dadurch eine Unterart der betreffenden Delictsart bildet, kann nicht die regelmäßig gedrohte, sondern nur die für diese Unterart des Delicts gedrohte Strafe als maßgebend erscheinen. Und zwar hat dies ebenso auf mildernde, wie auf erschwerende Umstände Anwendung zu finden, sodaß nicht nur Diebstahl und Urkundenfälschung (an sich Vergehen)

50) Ebenfalls (vgl. St.G B. §. 16) bis zu fünf Jahren, was gegenüber der Bestimmung des § 21 des St.-G.-B. ein Fehler ist, da danach nicht 60, sondern 80 Monate Festungshaft 60 Monaten Gefängniß gleichgesetzt werden müßten.

51) Beides fällt zusammen, wo die Strafbestimmung eine absolute ist (vgl. unten die Lehre von der Strafanwendung), z. B. wenn das Mehrfache eines bestimmten Betrages als Geldstrafe gedroht ist.

52) Theilweise anders Bayern 1861, nach welchem, wenn im Gesetz Zuchthaus oder Gefängniß gedroht war und im einzelnen Fall auf Gefängniß erkannt wurde, derselbe nicht als Verbrechen, sondern nur als Vergehen behandelt werden sollte.

53) Vgl. Reichsgericht I 22. November 1880

54) Die entgegengesetzte Ansicht von Schaper (v. Holtzendorff's Hausbuch II S. 100 f.) und Voitus (Gerichtssaal 1874 S. 516 ff.) verkennt, daß man es bei den „mildernden Umständen" der Sache nach nur mit Strafzumessungsgründen zu thun hat.

durch den erschwerenden Umstand des Einbruchs, bezw. der gewinnsüchtigen Absicht zu Verbrechen werden, sondern ebenso Todtschlag, Verursachung einer Überschwemmung und Meineid (an sich Verbrechen) durch das Hinzutreten der in den §§. 213, 313 Absatz 2 bezw. 157 u. 158 genannten mildernden Umstände zu Vergehen[55]). Danach kann es sein, daß ein und dasselbe Delict auf den verschiedenen Stufen seiner Erscheinung sich als Verbrechen, als Vergehen oder als Uebertretung darstellt, wobei jedoch in Betracht kommt, daß das Gesetz mehrfach (vgl. z. B. §. 370 Nr. 5) die als Uebertretung vorkommende Unterart eines Delicts nicht als solche, sondern als ein für sich stehendes Delict behandelt.

e) Sonstige Eintheilungen der Delicte sind die α) in Erfolgsdelicte und Nichterfolgsdelicte, je nachdem zur Vollendung des Delicts ein bestimmter von der Handlung getrennter Erfolg zur Vollendung verlangt wird oder dies nicht der Fall ist[56]); ferner β) in gemeine Delicte (delicta communia) und besondere Delicte (delicta propria), je nachdem dieselben von einem Jeden oder nur von einer bestimmten Classe von Personen (Beamten, Militärpersonen, Aerzten u. s. w.) begangen werden können; γ) in einfache und ausgezeichnete Delicte, je nachdem nur die Handlung als solche unter Strafe gestellt ist oder von ihr schwerere (qualificirte) bezw. leichtere (privilegirte) Fälle unterschieden werden; δ) in politische und nichtpolitische Delicte[57]), eine Eintheilung, welche

55) Anders die Meisten, welche, allerdings in Uebereinstimmung mit der früheren preußischen Praxis, aber ohne hinreichende Begründung gegenüber dem Reichsstrafgesetzbuch erschwerende und mildernde Umstände in dieser Beziehung verschieden behandeln. So auch das Reichsgericht III, 21. Mai 1883. Richtig Voitus, Gerichtssaal 1874 S. 522; Weiser, württemb. Gerichtsblatt 1881 S. 84 ff.

56) Näheres unten in der Lehre von der objectiven Seite der Handlung.

57) Laband, Verfassungsrecht I S. 527, 160; Knitschky, von Holtzendorff's Jahrbücher 1877 Heft 4 S. 10 ff.; Wahlberg, Zeitschrift von Grünhut 1880 S. 499 ff.; John, v. H. Rechtslexicon „politische Verbrechen"; Lammasch, das Recht der Auslieferung wegen politischer Verbrechen, Wien 1884 S. 61 ff., Löwenfeld, Zeitschrift für Strafr. wiss. 1885 S. 46 ff. — Uebrigens werden in Oesterreich unter „politischen" Delicten auch wohl die „polizeilichen" Delicte verstanden.

nur in vereinzelten Beziehungen zur Anwendung kommt und der nicht überall die gleiche Bedeutung beiwohnt[58]); endlich ε) in von Amtswegen zu verfolgende (sog. Officialdelicte) und nur auf Antrag bezw. mit Ermächtigung zu verfolgende Delicte (sog. Antrags- bezw. Ermächtigungsdelicte) (worüber im Allgemeinen Theil).

3) Voraussetzung oder Bedingung der Strafbarkeit ist aber keineswegs nur das begangene Delict; vielmehr müssen a) in jedem Falle noch gewisse negative Voraussetzungen erfüllt sein, so, daß der Thäter inzwischen nicht gestorben sei, daß das Delict nicht verjährt sei, sowie daß in Beziehung auf dasselbe nicht Begnadigung ertheilt wurde; b) in gewissen besonderen Fällen noch gewisse positive Voraussetznngen, so bei bestimmten Delictsarten, daß von Seiten der Betheiligten der Antrag auf Bestrafung gestellt sei, u. einiges Aehnliche (worüber im Allgemeinen Theil).

4) Dabei kann der Ausdruck „Thatbestand" zwar auch für die Gesammtheit aller Voraussetzungen der Strafbarkeit gebraucht werden, ebenso wie denselben das Privatrecht für die Gesammtheit der Voraussetzungen einer privatrechtlichen Rechtsfolge verwendet. Im engeren und eigentlichen Sinne aber wird der Ausdruck „Thatbestand"[59]), für die vom Gesetze

58) Von früheren Gesetzen vgl. das Bundesconsulatsgesetz von 1867 § 22, das Reichswahlgesetz von 1869 § 3, das Rechtshülfsgesetz von 1869 § 27 und darüber Laband, Staatsrecht I S. 527. Nach geltendem Recht kommt der Ausdruck nur noch in den Auslieferungsverträgen vor, in denen es aber bestritten ist, ob derselbe a) von den aus politischen Beweggründen oder b) von den zu politischen Zwecken oder etwa c) von den aus politischen Beweggründen und zu politischen Zwecken oder d) von gewissen Delicten gegen den Staat zu verstehen ist. Für Letzteres besonders die Abhandlung von Löwenfeld, von welchem die Delicte gegen das Staatsoberhaupt sowie gegen die äussere und innere Sicherheit des Staates hierhin gezählt werden. Doch fragt sich, ob der Ausdruck an allen Stellen der Auslieferuugsverträge in gleichem Sinne gemeint ist. Gegen den von Lammasch aufgestellten Begriff des relativ politischen Delictes v. Martitz, deutsche Literaturzeitung 1884 S. 989.

59) Entstanden aus „corpus delicti" und ursprünglich die äusseren

unter Strafe gestellte Handlung (Handlung im engeren Sinne oder Unterlassung), einschließlich übrigens des durch die Handlung herbeigeführten, für den Begriff des betreffenden Delictes etwa erforderlichen Erfolges verwendet[60]). Dabei können die einzelnen Momente dieses Thatbestandes auch als Merkmale desselben (bezw. der strafbaren Handlung) bezeichnet werden[61]). Im Einzelnen aber sind zu unterscheiden:

a) der gesetzliche Thatbestand des Delictes mit den gesetzlichen Merkmalen desselben, worunter die rechtlich festgesetzten Momente des Delictsbegriffs zu verstehen ist, und der concrete Thatbestand mit den concreten Merkmalen, worunter die Umstände des besonderen, im Einzelnen vorliegenden Straffalles zu verstehen sind;

b) der allgemeine Thatbestand des Delictes mit den allgemeinen Merkmalen desselben, worunter die allgemeinen Voraussetzungen eines jeden Delictes zu verstehen sind, und der besondere Thatbestand mit den besonderen Merkmalen, worunter die Voraussetzungen der besonderen Delictsart, z. B. des Diebstahls, zu verstehen sind;

c) der subjective Thatbestand des Delictes mit den subjectiven Merkmalen desselben, worunter z. B. die Zurechnungsfähigkeit und die Absicht der rechtswidrigen Zueignung zu verstehen sind, und der objective Thatbestand

Spuren der That (auch den Gegenstand, an welchem oder mit welchem das Delict verübt wurde) bezeichnend, wird der Ausdruck „Thatbestand“ vorzugsweise für den objectiven Thatbestand oder auch für den concreten Thatbestand eines Delictes (im letzteren Falle = thatsächlicher Fesstellung, Geschichtserzählung) verwendet. In den Gesetzen selbst ist der Ausdruck „Thatbestand“ (bezw. Sachbestand) im St.-G.-B. §. 59, im Gerichtsverf-Gesetz §. 185 und in der Strafprocess-Ordnung § 86 zu finden.

60) Gegen denselben Schütze, nothwendige Theilnahme S. 11 ff Lehrbuch §. 30; doch würde bei Beseitigung derselben die Rechtssprache eines Ausdruckes entbehren, der geeignet ist zur Bezeichnung der strafbaren Handlung nach den verschiedensten Seiten verwendet zu werden.

61) Die Unterscheidung zwischen „Normwidrigkeitsmerkmalen“ und „Strafbarkeitsmerkmalen“ (Binding) fällt mit der Normentheorie selbst. Näheres in der Lehre von der subjectiven Verschuldung.

mit den objectiven Merkmalen des Delictes, worunter z. B. die Art der Verübung und der sog. Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg zu verstehen sind[62]).

In welcher Weise diese Begriffe und Bezeichnungen combinirt und variirt werden können, versteht sich von selbst, wonach man von einem allgemeinen subjectiven und einem allgemeinen objectiven Thatbestand, von einem besonderen subjectiven und einem besonderen objectiven Thatbestand, ja von einem gesetzlichen allgemeinen subjectiven und einem gesetzlichen allgemeinen objectiven Thatbestand reden kann u. s. w.

§ 5. (4.)
Art und Maß der Bestrafung.

1) Was die Art der Bestrafung und zwar die Natur der zu verwendenden Strafmittel betrifft, so kommt es vor Allem darauf an

a) daß die betreffende Maßregel sich als ein empfindlicher Nachtheil für den Betroffenen darstellt, ohne daß aber dieser Nachtheil in einer Rechtsgüterverletzung, d. h. in der Verletzung eines sonst rechtlich geschützten Gutes zu bestehen braucht[1]).

b) Welche Nachtheile aber es sind, die als Strafmittel verwendet werden, ist geschichtlich verschieden und richtet sich theils nach allgemeinen Anschauungen von der sittlichen Zulässigkeit der betreffenden Maßregel und dem Werthe des zur Strafe betroffenen Gutes[2]), theils nach thatsächlichen Ver-

62) Der Neigung, statt objectiver äußerer, statt subjectiver innerer Thatbestand zu sagen, müssen wir widerstehen, da die ersteren Ausdrücke das, worauf es ankommt, schärfer bezeichnen.

1) Anders Binding, Grundriß 3. Aufl. S. 80, v. Liszt, Lehrbuch S. 227, Sontag Zeitschrift 1881 S. 496, die danach den Verweis nicht als Strafe ansehen dürfen, der ein unangemessenes Strafmittel sein mag (vgl. die Lehre von den Strafen), jedenfalls aber eine Strafe darstellt.

2) Im älteren Recht galten Verstümmelung und Brandmarkung als zulässige Strafmittel, die nach unserer Anschauung als grausam und verwerflich erscheinen; umgekehrt würden im Mittelalter die modernen Freiheitsentziehungen, abgesehen von ihrer sonstigen Undurchführbarkeit, eher als grausam erschienen sein.

hältnissen, unter denen vor Allem die oeconomische Durchführbarkeit der betreffenden Maßregel (man denke an die Kosten des modernen Strafvollzuges) in Betracht kommt.

c) Dabei muss als Hauptgesichtspunkt erscheinen, ob die Maßregel geeignet ist, dem Zwecke der Vergeltung zu dienen, wobei aber als Nebengesichtspuncte auch die Zwecke der Abschreckung, Sicherung, Genugthuung und Besserung in Betracht kommen und diejenige Strafe den Vorzug verdient, welche dem Vergeltungszwecke und zugleich jenen Nebenzwecken am Meisten gerecht wird. Aus allen diesen Gesichtspuncten, vor Allem aber aus dem der Vergeltung ergiebt sich die Nothwendigkeit, daß der Strafe eine gewisse Theilbarkeit zukommt, damit sie der Verschiedenheit der Fälle möglichst angepaßt werden könne.

d) Nicht wesentlich ist, daß die Strafe in einer Leistung des Thäters bestehe[3]); vielmehr genügt es, daß die Strafe über den Thäter verhängt oder an ihm vollstreckt wird. Andererseits kann die Strafe in einer dem Thäter auferlegten Leistung bestehen, wobei jedoch solche Leistungen als ungeeignet erscheinen, denen nur im Falle freiwilliger Erfüllung ein wirklicher Werth zukommt[4]).

e) Nicht völlig rein ist der Gedanke der Strafe in der Ausstoßung, Wegweisung oder Ausweisung des Thäters vertreten[5]), die freilich eine unter Umständen schwere Strafe sein kann, möglicherweise aber auch hinter dem Begriffe der Strafe zurückbleibt, und durch welche das Gemeinwesen sich mehr von dem Thäter lossagt, als ihn zu strafen.

3) So Heinze, v. H. Handbuch II S. 322; Hrehorowicz, Grundbeffriffe, Vorrede; vgl. auch v. Bar, Grundlagen des Strafrechts S. 92 f., doch Handbuch I S. 322.

4) Vgl. den im früheren (nicht im geltenden) Rechte verwendeten Zwang zu Abbitte, Ehrenerklärung und Widerruf, dem jedoch (vgl. oben §. 2 unter 2b) mehr der Character einer Privatgenugthuung als der einer Strafe zukam.

5) Die im älteren Recht vielfach zur Anwendung kam und u. A. von Fichte (Naturrecht) als eigentliche Rechtsfolge des Delicts hingestellt wurde. Aehnlich Heinze, v. H. Handbuch I S. 333 ff. Andererseits übertrieben Binding, Zeitschrift von Grünhut 1877, S. 427, der die Friedlosigkeit als „Gegentheil" der Strafe hinstellt.

f) Eine ähnliche Erwägung ist es, welche Zweifel an der Angemessenheit der Todesstrafe hervorzurufen geeignet ist, insofern dieselbe mehr eine Vernichtung des Thäters, als eine an demselben vollzogene Strafe darstellt. Siehe jedoch Näheres hierüber im Allgemeinen Theil.

g) Ein besonders geeignetes Strafmittel dagegen ist (jedenfalls vom Standpunct der Gegenwart) in der Freiheitsstrafe zu erkennen, welche den zu Bestrafenden leiblich und geistig möglichst unversehrt läßt und dennoch durchschnittlich geeignet ist, als ein hinreichender Nachtheil empfunden zu werden, wozu noch hinzukommt, daß dieselbe in einer dauernden Einwirkung auf den Thäter besteht, welche zugleich in besonderem Maße geeignet ist, den Nebenzwecken der Sicherung und der Besserung zu dienen.

h) Völlig unrichtig aber ist es, wenn man versucht hat, die Freiheitsstrafe als die einzig zulässige Strafe zu begründen [6]), während neben ihr jedenfalls noch die Vermögensstrafe, sowie verschiedene Arten der Rechtsminderung als angemessene Strafmittel in Betracht kommen. Und nicht überflüssig endlich ist es, zu betonen, daß auch der Freiheitsstrafe der Character als wirklicher Strafe gewahrt bleiben muß und daß es darauf ankommt, neben der Freiheitsentziehung selbst auch die Art der Behandlung des Sträflings und den gegen ihn geübten Arbeitszwang als Strafmittel zu benutzen [7]).

i) Unvermeidlich ist es, daß die Strafe gewisse nachtheilige Nebenwirkungen auf unbetheiligte Personen (sog. Reflexwirkungen) ausübt. Auch braucht es nicht grundsätzlich

6) So schon K. S. Zachariae (Anfangsgründe des philosophischen Criminalrechts Leipzig 1805): da das Delict ein Mißbrauch der Freiheit sei, müsse der Thäter jedesmal auch an seiner Freiheit bestraft werden, wobei das Wort Freiheit beide Male nicht im gleichen Sinne gebraucht wird. Ferner Krohne, Zeitschrift 1881 S. 61; Sontag, daselbst 1881 S. 496), die wenigstens die Freiheitsstrafe als „Strafe par excellence" bezeichnen. Dagegen Mittelstädt, Zeitschrift 1882 S. 429 f.

7) Dies ist der richtige Kern der Schrift von Mittelstädt, gegen die Freiheitsstrafe Leipzig 1879, 2. Abdruck 1880, die sich angeblich gegen die Freiheitsstrafe wendet, in Wahrheit aber zur Einschärfung des Strafcharacters der Freiheitsstrafe selbst zu dienen geeignet (und wohl auch bestimmt) ist.

vermieden zu werden, daß die Strafe einen Vortheil für irgend eine dritte Person mit sich führt[8]). Nur daß gerade der Verletzte mehr als den ihm gebührenden Schadensersatz erhalte, kann grundsätzlich nicht befürwortet werden, weshalb die vorgeschlagene Wiederherstellung der Privatstrafen des früheren Rechts (nämlich der eigentlichen oder echten Privatstrafen) sich nicht als angemessen darstellt (vgl. schon oben §. 2 unter 3[e]).

2) Was sodann das Maß der Bestrafung, bzw. den bei der Bestrafung anzulegenden Maßstab betrifft, so kann

a) als Maßstab der Bestrafung nicht angesehen werden irgend einer der oben erwähnten außerwesentlichen Strafzwecke (Sicherung, Besserung, Genugthuung, Abschreckung), die vielmehr sämmtlich zu einem ganz verkehrten Strafmaß, bzw. zur Aufhebung eines jeden gesetzlichen Strafmaßes führen würden. Und zwar ebenso sehr, wenn einer dieser Zwecke als ausschließlich maßgebend hingestellt wird, wie wenn dieselben stets mit einander verbunden und ausgeglichen werden sollen[9]), wie endlich, wenn das Strafrecht zertheilt und ein Theil desselben etwa unter die Herrschaft des Sicherungsprincips, ein anderer unter die des Besserungsprincips, ein dritter unter die des Abschreckungsprincips gestellt wird[10]).

b) Als richtiger Maßstab der Bestrafung erscheint vielmehr der wesentliche Zweck der Bestrafung, nämlich der Zweck der Vergeltung, allerdings nicht der Vergeltung als solcher, sondern in jener practisch bedingten und modificirten Weise, in welcher der Vergeltungsgedanke dem Strafrecht überhaupt zu Grunde liegt[11]). Kein Einwand gegen die Vergeltung als Maßstab der

8) Vgl. unten bei der Geldstrafe und Kronecker, Goltd. Archiv 1879 S. 83 ff.

9) So Sichart, Rückfälligkeit S. 19 ff., der einen Ausgleich zwischen Abschreckung und Besserung vorschlägt.

10) So v. Liszt, Zeitschrift für Strafr.wiss, 1883 S. 1 ff., 39 ff., Lehrbuch S. 7 f., welcher drei Verbrecherclassen unterscheidet, von denen die erste (die Unverbesserlichen) unschädlich gemacht, die zweite (die Besserungsfähigen) bis zur Besserung eingesperrt und nur die dritte (die Gelegenheitsverbrecher) in der bisherigen Weise behandelt werden sollen. Vgl. hiergegen schon oben §. 3 unter 1[d].

11) Vgl. oben §. 3 unter 1[h]. Wenn v. Liszt (Zeitschrift für

Bestrafung ist, daß die Vergeltung nur auf das einzelne concrete Delict, nicht auf die Delictsart Bezug haben könne[12]), da es für die gesetzliche Strafandrohung nur auf die durchschnittlich zur Vergeltung geeignete Strafe ankommt. Und unbegründet ist endlich der Vorwurf, daß die Vergeltungsstrafe zu besonders harten Strafen zu führen geeignet sei[13]), da der Gesichtspunct gerechter Vergeltung sich vielmehr umgekehrt als die einzige wahre Schranke gegen die durch den Sicherungs- oder Abschreckungszweck geforderten ungemessenen Strafen darstellt.

c) Nicht aber kann es sich um äußere Wiedervergeltung oder sog. Talion handeln, wonach dem Thäter Dasselbe (tale) zur Strafe zugefügt werden müßte, was er an dem Verletzten verübte. Denn abgesehen davon, daß es bei den meisten Delicten an einem Verletzten fehlt, und nicht überall, wo ein solcher vorhanden ist, die Talion sittlich zulässig oder angemessen sein würde, so hat die Besonderheit des durch das Delict zugefügten Uebels nichts zu schaffen mit der Schwere der in ihm liegenden Verschuldung. Dennoch hat der Talionsgedanke nicht nur im älteren Recht (so im jüdischen, älteren römischen und älteren deutschen Rechte) vielfach als Strafmaß gedient[14]), sondern es ist sein Einfluß auch im geltenden Recht noch zu beobachten[15]), und noch neuerdings hat man wenigstens einen Theil des Strafrechts wiederum auf den Talionsgedanken be-

Strafr.wiss. 1883 S. 29) diesen Standpunct „bequem" nennt, so finden wir nicht, daß die einseitige Betonung der strafrechtlichen Nebenzwecke größere Anstrengung erfordert.

12) So v. Liszt, Zeitschrift für Strafrechtswiss. 1883 S. 44, wogegen mit Recht v. Buri daselbst 1884 S. 175 f.

13) v. Liszt, Zeitschrift für Strafrechtswiss. 1883 S. 32.

14) Daß die Talion vielfach als Ermäßigung der Privatrache sowie als symbolische Vergeltung diente, steht dem nicht entgegen, daß dieselbe als Maßstab der Bestrafung gedient hat. Anders v. Liszt, Lehrb. S. 24.

15) Wenigstens in der Art, wie vielfach die Angemessenheit der Todesstrafe für das Verbrechen des Mordes begründet wird, wohin vor Allem die Ausführungen Kant's und Hegel's über die Todesstrafe gehören.

gründet[16]). Ebenso widersinnig war es natürlich, wenn man im früheren Recht den Thäter wohl an demjenigen Gliede strafte, mit welchem er die That verübte[17]) oder sonst durch die Art der Vollziehung der Strafe die Besonderheit des Delictes zum Ausdruck zu bringen suchte[18]), wie dies besonders im mittelalterlich deutschen Rechte der Fall war[19]).

d) Grundsätzlich nicht richtig ferner wäre es, als Maßstab der Bestrafung den verursachten Schaden zu betrachten oder demselben auch nur neben der subjectiven Verschuldung eine selbständige Bedeutung zu gewähren[20]). Hauptgesichtspunct für die Höhe der Strafe muß vielmehr die subjective Verschuldung sein, wobei die objective Seite der That grundsätzlich genommen nur als Kennzeichen für die Größe der subjectiven Verschuldung in Betracht kommt[21]), so begreiflich es ist, daß das positive Recht aus Nebenrücksichten der objectiven Seite der That in gewissem Umfange zugleich eine selbständige Bedeutung einräumt[22]). Daß die ganze Frage

16) So Rümelin, Reden und Aufsätze Neue Folge S. 191 ff; ähnlich Sturm, Kommissivdelicte S. 241, 245. Vgl. oben §. 3 unter 2c.

17) Abhauen der Hand für Friedensbruch, der Schwurfinger für Meineid, Ausreißen der Zunge bei Gotteslästerung u.s.w.

18) Verbrennung des Brandstifters, Sieden des Falschmünzers, Zertheilen des Bigamus in zwei Hälften u. dgl.

19) Alles das geschah übrigens in dem Bestreben, wo möglich der Verschuldung zu entsprechen, was zunächst nur in sehr naiver Weise versucht wurde.

20) Anders die herkömmliche Auffassung, nach welcher für die Höhe der Strafe gleichmäßig die objective wie die subjective Seite der That in Betracht kommt. So u. A. Wächter, Vorlesungen S. 205; Sontag, Zeitschrift 1881 S. 490; Merkel, daselbst S. 595 f.; v. Buri, daselbst 1884 S. 175. Doch ist dagegen mit Recht eingewandt worden (v. Liszt, Zeitschrift 1883 S. 29), daß der subjective und der objective Standpunct in dieser Gleichstellung einander widersprechen.

21) Insofern richtig Geyer, v. H. Encyclopaedie 4 Aufl. S. 315; Jellinec, socialethische Bedeutung S. 113, von denen aber der folgende Gesichtspunct übersehen wird.

22) Vgl. H. Meyer, die Gerechtigkeit im Strafrecht, Gerichtssaal 1881 S. 137 und die Polemik dagegen von Merkel, Zeitschrift 1881 S. 585; Geyer, kritische Vierteljahrsschrift 1882 S. 441 ff., die es

mit der Frage nach der Willensfreiheit zusammenhänge[23]), ist nur insofern richtig, als eine wirkliche Verschuldung überhaupt nur bei Willensfreiheit bestehen kann, die Verschuldung selbst aber vernünftiger Weise eine subjective Verschuldung sein muß. Eigenthümlich liegt die Frage bei der gewohnheitsmäßigen Verübung, deren höhere Strafbarkeit weder aus der größeren Gefährlichkeit des Thäters abgeleitet werden darf[24]), noch auch unmittelbar folgt aus einer größeren subjectiven Verschuldung, deren höhere Strafbarkeit aber mittelbar sich allerdings auf eine größere subjective Verschuldung gründet[25]); wozu noch die bis zu einem gewissen Grade zulässige Einwirkung von Nebenrücksichten (hier der Sicherung und Abschreckung) auf die Folgerungen vergeltender Gerechtigkeit hinzukommt[26]). Aehnlich verhält es sich mit der Frage, ob im Falle häufigerer Begehung von Delicten die Strafe für das einzelne Delict gesteigert werden dürfe, was jedenfalls

vom Rechtsstandpunct als selbstverständlich erachten, daß dem Erfolge ein selbstständiges Gewicht zukommt, während doch diese Erscheinung so gut wie andere ihrer Erklärung bedarf.

23) Merkel, Zeitschrift 1881 S. 590, der die Betonung des subjectiven Standpunctes dem Indeterminismus zuweist.

24) So kurzer Hand diejenigen, welche sich in der Bestrafung überhaupt nicht durch das Maß gerechter Vergeltung gebunden erachten. Im Widerspruch mit seiner eigenen Grundanschauung vom Strafrecht v. Schwarze, Gerichtssaal 1882 S. 609.

25) Unmittelbar nämlich ist bei der gewohnheitsmäßigen Verübung die Verschuldung nicht größer, sondern geringer, da der an derartige Verübungen gewöhnte Thäter einem weit stärkeren Reiz ausgesetzt war als ein anderer; mittelbar aber ist sie insofern größer, als der Thäter selbst es war, der jenen größeren Reiz, bzw. sein eigenes geringeres Maß von Widerstandskraft verschuldete. Daß freilich das Strafrecht hierauf Rücksicht nimmt, weist darauf hin, daß es bei der Bestrafung der einzelnen That nicht ausschließlich auf die That als solche, sondern zugleich auf die That als Aeußerung einer verbrecherischen Gesinnung ankommt (vgl. oben S. 36). Aehnlich Hälschner, d. Strafrecht I S. 534; v. Buri, Zeitschrift für Strafrechtswiss. 1884 S. 183, wo aber das etwas complicirte Verhältniß nicht völlig klargestellt wird.

26) So auch Merkel, Zeitschrift 1881 S. 589, im Widerspruch zu seiner oben erwähnten Auffassung, daß hinsichtlich des Strafmaßes objectiver und subjectiver Standpunct sich in bester Harmonie befinden.

dann zulässig ist, wenn der Thäter sich jener häufigeren Begehung und der dadurch gesteigerten Gefahr der Rechtsordnung bewußt war[27]), außerdem aber auch insoweit, als das Recht überhaupt der objectiven Schwere des Falles eine selbständige Bedeutung beilegt[28]).

e) Wie hoch aber in der Wirklichkeit die den einzelnen Delictsarten gebührende Strafe gesetzlich bestimmt werden soll, ist zu sehr Sache des allgemeinen Ermessens und gesetzgeberischer Abschätzung, als daß darüber im Allgemeinen etwas Näheres gesagt werden könnte[29]). Zu verlangen ist nur, daß auch die Bestrafung des schwersten Delictes nicht über das Maß der Verschuldung hinausgeht und daß die verschiedenen Delictsarten im richtigen Verhältniß ihrer Schwere bestraft werden[30]). Richtig ist, daß mit dem Fortschritt der

27) Nur soweit gehen Hälschner, d. Strafrecht S. 540; v. Buri, Zeitschrift für Strafrechtswiss. 1884 S. 183.

28) Nach Lage des Gesetzes gehört die Frage übrigens der Lehre von der Strafzumessung an, worüber unten unter g und im Allgemeinen Theil.

29) Nur ist daran allerdings festzuhalten, daß auch hierbei der Gesichtspunct der Gerechtigkeit mitredet, der nicht nur gleiche Behandlung der verschiedenen Fälle, sondern auch angemessene Behandlung des einzelnen Falles erfordert. Ganz vergeblich freilich sind die Versuche, ein bestimmtes Strafmaß a priori begründen zu wollen, wie Byk (vgl. Zeitschrift für Strafrechtswiss. 1882 S. 145) die Strafe der Körperverletzung nach der Dauer der Arbeitsunfähigkeit des Verletzten im Verhältniß zur vermuthlichen Lebensdauer des Thäters zu bestimmen sucht. Und auch dagegen, daß es auf das Verhältniß des durch das Delict verletzten Rechtsguts zu dem durch die Strafe zu opfernden Rechtsgut ankomme, sind Einwendungen zu erheben.

30) Auch dieses Verhältniß ist freilich Sache allgemeiner Anschauung, wobei nicht mit Unrecht behauptet wird, daß im geltenden Recht der Schutz der Person gegen den Schutz des Vermögens zu kurz kommt. Vgl. Frauenstädt, Blutrache und Todtschlagssühne S. 177, der darin eine Nachwirkung germanischer Vorstellungen erblickt — Neben dem angegriffenen Rechtsgut kommt übrigens die Art der Verübung in Betracht, in welcher Hinsicht die Anschauungen ebenfalls gewechselt haben, indem das ältere deutsche Recht die heimliche Verübung, das heutige Recht die gewaltsame Verübung als die schwerere Art der Verübung ansieht.

Kultur die Strafen im Allgemeinen mildere sein können, da mit steigernder Kultur der Werth der durch die Strafe zu treffenden Güter im Allgemeinen zunimmt und deßwegen die Empfindlichkeit für die Strafe erhöht wird. Und auch das wird nicht in Abrede gestellt werden können, daß übertrieben strenge Strafen nicht immer zur Verminderung der Delicte dienen[31]) Völlig falsch aber wäre es, in jeder Herabsetzung der Strafen einen rechtlichen oder Kulturfortschritt zu erblicken; vielmehr kann es nur darauf ankommen, das Delict in einer den jeweiligen Zuständen und Anschauungen entsprechenden Weise zu treffen[32]).

f) Ein mehr äußerlicher Unterschied ist es, ob die Strafe nach dem Gesetze von selbst eintritt[33]) oder ob ihr Eintritt an eine vorausgehende gerichtliche Feststellung geknüpft ist, welches letztere Verfahren sich nach der Natur der modernen Strafen als das allein Richtige darstellt.

g) Unangemessen aber ist es, wenn im Gesetze an das betreffende Delict eine völlig bestimmte (absolut bestimmte) Strafe geknüpft ist[34]), da danach der Verschiedenheit der Verschuldung in den verschiedenen Fällen nicht genügende Rechnung getragen werden kann. Als das Angemessene muß vielmehr eine solche Androhung der Strafen erscheinen, bei

31) Da die Rohheit der Strafen von Einfluß auf die allgemeine Gesittung ist und zu große Strenge der Strafen zu ihrer Umgehung anlockt.

32) Ob die Strafen des geltenden Rechts zu streng oder zu mild seien, ist Sache des subjectiven Ermessens; unsere persönliche Ansicht haben wir schon 1874 (1. Aufl.) dahin geäußert, daß das Reichs-St.G.B. einer zu milden Praxis zu sehr Vorschub leistet, was auch noch nach der Novelle von 1876 zutrifft. Vgl. auch Starke, Verbrecher und Verbrechen in Preußen S. 231, der aber nur die zu milde Praxis hervorhebt.

33) Wie dies bei der Friedlosigkeit des älteren deutschen Rechts und der excommunicatio ipso facto des canonischen Rechtes der Fall war, im heutigen Recht aber nur noch mit einigen der früher erwähnten „unechten Privatstrafen", nicht mit der Criminalstrafe der Fall ist.

34) Wie dies im älteren Recht vielfach, im geltenden Recht nur noch ausnahmsweise (siehe unten die Lehre von der Strafe) der Fall ist.

welcher das Gesetz gewisse Grenzen der Bestrafung aufstellt[35]), innerhalb deren dem Gericht die Auswahl der Strafe zusteht, — ein Verfahren, wonach sich die richterliche Thätigkeit allerdings nicht als eine bloße Gesetzesanwendung, sondern als eine Ergänzung der gesetzgeberischen Thätigkeit darstellt. Dabei versteht es sich von selbst, daß die Grenzen der Strafzumessung nicht zu eng und nicht zu weit bestimmt werden dürfen, da im ersteren Fall die Möglichkeit gerechter Vergeltung leidet, im letzteren Fall aber die Möglichkeit zu großer Ungerechtigkeit vorliegt. Was das geltende Recht betrifft, so sind jene Grenzen in einigen wenigen Fällen (vgl. §. 216) zu eng, in sehr vielen Fällen aber zu weit gesteckt worden[36]).

§. 6 (1, 15).

Strafrecht und Strafrechtswissenschaft.

1) Die Gesammtheit der auf die Bestrafung, und zwar auf die Verhängung der eigentlichen oder Criminalstrafe bezüglichen Grundsätze bildet das Strafrecht oder Criminalrecht, das früher (so noch von Feuerbach) auch wohl peinliches Recht genannt wurde.

a) Dasselbe wird auch als objectives Strafrecht bezeichnet im Gegensatz zum subjectiven Strafrecht oder Strafrecht im subjectiven Sinne, d. h. dem Rechte zu strafen, welches auf Grund des objectiven Rechts theils gewissen Personen und Gemeinschaften im Staate (vgl. oben §. 2), theils

35) Für vollständige Aufhebung des gesetzlichen Strafmaßes Kraepelin (vgl. oben § 3 unter 1c); Willert, Zeitschrift 1882 S. 473. Richtig ist, daß der Zweck der Vergeltung an sich eine rein individuelle Strafzumessung verlangen würde, wenn diese nicht aus äußeren Gründen als unzulässig erschiene (vgl. oben unter 2b).

36) Wie von uns schon früher betont wurde, u. A. Gerichtssaal 1881 S. 136 f. Vgl. auch Mittelstädt, Zeitschrift für Strafrechtswiss. 1882 S. 444 ff., der „absolutere" Strafbestimmungen als die des geltenden Rechts verlangt.

dem Staate selbst zusteht', wobei in letzterer Beziehung theils das Disciplinarstrafrecht des Staates (gegen seine Beamten, gegen Mititärpersonen u.s.w.), theils das eigentliche Strafrecht oder Criminalrecht in Betracht kommt. Doch ist zu beachten, daß das gesetzliche Recht des Staates zu strafen zugleich eine gesetzliche Pflicht desselben darstellt, daß aber Recht und Pflicht des Staates zu strafen nichts Anderes sind als gesetzlich geregelte Seiten der Staatsthätigkeit selbst. Unrichtig insbesondere wäre die Auffassung, daß dem Staate ein Strafanspruch gegen den Schuldigen in dem Sinne zustünde, daß der Schuldige zu einer entsprechenden Leistung verpflichtet sei (vgl. oben §. 5 unter 1[d]), sowie daß im Strafproceß zwischen dem Staate und dem Beschuldigten über jenen Anspruch ein Rechtsstreit geführt würde, während die processuale Feststellung des Delictes sich nur als die rechtliche Vorbedingung darstellt, an welche das Gesetz die Ausübung der staatlichen Strafgewalt geknüpft hat. Letzteres auch im accusatorischen Strafproceß, der sich vom inquisitorischen Strafproceß nur dadurch unterscheidet, daß in ihm die Functionen der Strafverfolgung und der Vertheidigung an verschiedene Organe vertheilt sind[1]). Mindestens unnöthig ist es, das subjective Strafrecht zum „Angelpunkt" für die Systematik des Strafrechts im allgemeinen Theile zu machen[2]), während es vollkommen ausreicht, von den Voraussetzungen und der Art der strafenden Thätigkeit des Staates zu handeln und die Lehre vom objectiven Strafrecht als Grundlage der strafenden Thätigkeit zu behandeln.

b) Dabei ist die Gestaltung des Strafrechts vor Allem dadurch bestimmt[3]), daß der Grundgedanke desselben, der

1) Näheres hierüber muß einer besonderen Untersuchung überlassen bleiben. Richtig Laband, Staatsrecht des deutschen Reichs III, 2 S. 28.

2) Loening, Zeitschrift für Strafrechtswiss. 1883 S. 273; Schanze, daselbst 1884 S. 446; Binding, Grundriß 3 Auflage, S. 62, Letzterer im Widerspruch damit, daß sich nach ihm das Recht des Staates zu strafen durch das Strafgesetz in eine Pflicht desselben zu strafen verwandelt.

3) Vgl oben §. 3 und die auf S. 23 Anm. 21 angeführte Abhandlung.

Begriff vergeltender Gerechtigkeit, mannigfach durch Nebenrücksichten bedingt und näher bestimmt ist, Nebenrücksichten, die im älteren Recht eine einschneidendere Einwirkung ausübten (man denke besonders an die unverhältnißmäßige Bedeutung des Erfolges im älteren deutschen Recht), denen aber auch im geltenden Recht und in jedem Recht eine ausgebreitete Mitwirkung bei der Gestaltung des Strafrechts im Einzelnen zukommt.

c) Ueber die Entstehung des Strafrechts mag die Vermuthung gelten, daß dasselbe zum Theil aus der Racheübung Seitens des Verletzten hervorging, welche letztere durch das Gemeinwesen theils eingeschränkt, theils selbst übernommen wurde. Daneben aber wurde von Seiten des Gemeinwesens, gewiß sehr früh auch wegen eigener Verletzungen eingeschritten, ein Einschreiten, welches lange Zeit ebenfalls noch einen racheähnlichen Character zeigte, allmählich aber sich zu einer reineren Gestaltung entwickelte. Dabei finden wir, daß lange Zeit sich der Staat noch nicht seiner vollen Aufgabe auf dem Gebiete des Strafrechts bewußt ist, sodaß neben ihm in bedeutendem Umfange die strafende Thätigkeit anderer Gemeinschaften, insbesondere der Familie und der Kirche, in Betracht kommt, deren Strafgewalt erst später auf das Maß einer bloßen Disciplinargewalt beschränkt wird. Sodann finden wir einen Fortschritt in der Beziehung, daß statt roher und grausamer Strafen allmählich humanere und zweckmäßigere Strafen verhängt werden, ferner daß das System der strafbaren Handlungen allmählich gleichmäßiger und vollständiger ausgebaut wird und daß der Grundgedanke des Strafrechts (vgl. oben unter b) allmählich zu reinerer Entwicklung gebracht und die berechtigten Nebenrücksichten desselben in ein richtigeres Verhältniß zu ihm gesetzt werden. Insbesondere ist es, nachdem der Staat sich in entschiedenerer Weise seiner Aufgabe bewußt geworden ist, der Gedanke der Abschreckung, der zunächst in einseitiger Weise hervortritt, bis er durch andere Nebenzwecke der Strafe ersetzt oder ergänzt wird, bzw. alle diese Rücksichten auf das richtige Maß zurückgeführt werden. Stets ist das Strafrecht ein Spiegel der Gesittung des Volkes und der Kulturstufe, welche es einnimmt; doch ist gerade an der Entwicklung des Strafrechts, welches seiner Natur nach

zur Fortbildung durch die Gesetzgebung neigt, zu sehen, wie wenig die historische Rechtsschule im Rechte war, das Wachsthum des Rechtes als ein unbewußtes und dem der Pflanze ähnliches zu bezeichnen, in wie starkem Maße vielmehr die Gestaltung des Rechts und seine Fortbildung von der verantwortlichen Entschliesung der Menschen abhängt.

d) Was die Stellung des Strafrechts im Systeme des Rechts betrifft, so gehört das Strafrecht, da es in ihm auf das Verhältniß des Einzelnen nicht zu dem Einzelnen, sondern zu der Gesammtheit ankommt, nicht in das Privatrecht, sondern in das öffentliche Recht. Eine Ausnahme würden davon die sog. Privatdelicte machen, deren Strafe in einer von dem Verletzten einzuklagenden Zuwendung an den Verletzten besteht, wenn Privatdelicte in diesem Sinne im heutigen Rechte noch vorkämen[4]), was nicht der Fall ist. Keine Ausnahme von der öffentlich rechtlichen Natur des Strafrechts macht dagegen das Antrags- und das Ermächtigungserforderniß, das auch das geltende Recht bei verschiedenen Delictsarten aufstellt und durch welches nur die Ausübung des staatlichen Strafrechts an eine besondere Vorbedingung geknüpft ist.

e) Insbesondere zum Strafproceß verhält sich das Strafrecht in der Art, daß es im Strafrecht auf die Voraussetzungen und die Art und Weise der Bestrafung, im Strafproceß auf die Ermittlung und Feststellung des Delictes, also auf die Form der Verwirklichung des Strafrechts ankommt, weßhalb das Strafproceßrecht auch wohl formelles Strafrecht, das eigentliche Strafrecht materielles Strafrecht genannt wird[5]).

f) Ebenso wie in anderen Rechtstheilen, so ist auch im Strafrecht allgemeines oder generelles und besonderes oder specielles Recht zu unterscheiden, wie sich z. B. das Militärstrafrecht und das Finanzstrafrecht (die Zoll- und Steuervergehen) als Specialstrafrecht darstellen; womit nicht gesagt ist,

4) Merkel, Encyclopädie S. 136: Nicht alle öffentlich-rechtlichen Unrechtsfolgen sind Strafe, und nicht alle Strafen sind öffentlich rechtlicher Natur.

5) In früheren Darstellungen (so noch bei Heffter, Lehrbuch 6. Aufl. 1857) wurden Strafrecht und Strafproceßrecht gemeinschaftlich, bezw. das letztere als Anhang des ersteren behandelt.

daß im Strafgesetzbuch nur generelles, in den strafrechtlichen Nebengesetzen (siehe unten) nur specielles Strafrecht vorkäme, eine Scheidung, welche allerdings im Ganzen und Grossen zutrifft.

2) Die wissenschaftliche Bearbeitung der strafrechtlichen Grundsätze sodann ist die Aufgabe der Strafrechtswissenschaft, die abgekürzt auch wohl selbst „Strafrecht“ genannt wird [6]).

a) Dabei versteht es sich von selbst, daß als nächst liegende und Hauptaufgabe der Strafrechtswissenschaft die richtige Erkenntniß des geltenden Rechtes erscheint, welcher vor Allem die sog. systematische oder dogmatische Methode zu dienen bestimmt. Dabei kann aber schon die Erkenntniß des geltenden Rechts nicht völlig entbehren

b) der geschichtlichen sowie der philosophischen Auffassung des Rechtes [7]), welche beiden sich überdies als selbstberechtigte Zweige der Rechtswissenschaft darstellen, da sowohl die geschichtliche Darstellung des Rechts als die Erforschung der obersten Grundsätze des Strafrechts zugleich von selbständigem Werth ist.

c) Keineswegs überdies ist die Aufgabe der Wissenschaft beschränkt auf die Erkenntniß des früher oder jetzt vorhandenen oder sog. positiven Rechts; vielmehr ist ihre Aufgabe zugleich auch die, den vorhandenen Stoff einer kritischen Beurtheilung zu unterwerfen [8]), wobei es theils auf eine

6) Vgl. Wächter, die deutsche Strafrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, Schletter's Jahrbücher 1855; Binding, Strafgesetz, Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft, Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft 1881 S. 1 ff.; Sergiewski, Verbrechen und Strafe als Gegenstand der Rechtswissenschaft, daselbst 1881 S. 211 ff.; Merkel, über das gemeine deutsche Strafrecht von Hälschner und den Idealismus in der Strafrechtswissenschaft, daselbst 1881 S. 553 ff.; Loening, geschichtliche und ungeschichtliche Behandlung des deutschen Strafrechts, daselbst 1883 S. 219 ff.

7) Naturgemäß war es, daß beide Arten der Behandlung des Rechts besonders einseitig in der Zeit hervortraten, in welcher es an einer gemeinrechtlichen Grundlage des Strafrechts, an die sich eine fruchtbare systematische Behandlung hätte anschließen können, fehlte.

8) Anderer Meinung Loening, nach welchem die Aufgabe der Rechtswissenschaft nur die Darstellung des positiven Rechtes sein soll,

Kritik von Einzelheiten, theils auf eine Kritik der Gesammthaltung des positiven Rechts ankommt, wonach man eine criminalpolitische Methode im engeren Sinne und eine kritisch-rechtsphilosophische Richtung unterscheiden kann. Allerdings aber hat bei dieser kritischen Thätigkeit die Wissenschaft sich zu bescheiden, da die Gestaltung des Rechts keineswegs vorzugsweise durch das Interesse logischer Folgerichtigkeit, sondern durch die Bedürfnisse und Anschauungen des Lebens bestimmt ist, hinsichtlich deren der Wissenschaft nur die Function der Sammlung und Sichtung, nicht die letzte Entscheidung zukommt[9]). Insbesondere ist es nicht Sache der Wissenschaft darüber zu entscheiden, ob und welche Ausnahmen von einem allgemeineren Grundsatze aus Nebenrücksichten gemacht werden sollen, so bestimmt sie darauf zu dringen hat, daß die richtig erkannten Principien in ihrer Durchführung keine wesentliche Beeinträchtigung erleiden.

c) Dabei hat es die Strafrechtswissenschaft nicht nur mit dem allgemeinen oder generellen, sondern auch mit dem besonderen oder speciellen Strafrecht zu thun, welches letztere gerade seiner singulären Natur wegen in mancher Hinsicht einer wissenschaftlichen Durchbildung noch mehr bedarf als das erstere, dennoch aber im wissenschaftlichen Unterricht zurücktritt, da es in diesem zunächst auf die normale Gestaltung des Strafrechtes ankommt.

d) Uebrigens hat es die Strafrechtswissenschaft im engeren Sinne nur mit der rechtlichen oder juristischen Seite von Verbrechen und Strafe zu thun, wogegen die gesellschaft-

eine Auffassung, welche durch die einfache Bemerkung widerlegt wird (v. Buri, Zeitschrift 1882 S. 2?2), daß es der Wissenschaft nicht verwehrt sein könne, die Wege des Gesetzes als irrig zu bezeichnen.

9) Diese Anschauung hat das gegenwärtige Buch von Anfang an nachdrücklich geltend gemacht, ein Standpunkt, der sodann in der oben (S. 23 Anm. 21) erwähnten Abhandlung näher dargelegt wurde. Völlig verkannt wird derselbe von Loening (Zeitschrift für Strafrechtswissensch. 1883 S. 373 f.), der dem Verfasser vorwirft, das positive Recht nach subjectiven Anschauungen (noch dazu nach subjectiven Anschauungen vom Strafzwecke) zu meistern.

liche oder sociale Seite desselben den Gegenstand eines besonderen Zweiges der Gesellschafts- oder Socialwissenschaft bildet, für den neuerdings der Ausdruck Criminalsociologie gebraucht wird. Aufgabe der letzteren ist es, das Delict als sociale Erscheinung und die Strafe als sociale Function zu erforschen [10]), Aufgabe der ersteren aber ist es, den rechtlichen Standpunkt zu betonen und u. A. das Recht vor unbegründeten Eingriffen in sein eigenes Gebiet zu bewahren [11]).

10) Vgl. v. Liszt, Lehrbuch S. 3 ff.

11) Was gerade von Seiten des zuletzt Genannten nicht geschehen ist (vgl. oben §. 3 unter 1 d und §. 5 unter 2 a).

Zweiter Abschnitt.

Die Geschichte des Strafrechts[1]).

§. 7 (5).

Im Allgemeinen.

Handelt es sich für uns um die Geschichte des Strafrechts, so kann nicht davon die Rede sein, an dieser Stelle eine Darstellung des Strafrechtes aller Zeiten und Völker zu versuchen. Andererseits wäre es nicht richtig, nur die geschichtliche Entwicklung des deutschen Strafrechts ins Auge zu fassen, auf welches vielmehr mannigfach ausländisches Strafrecht Einfluss geübt hat. Und zwar kann dieses ausländische Strafrecht nicht in die Darstellung des deutschen Strafrechts eingereiht werden, sondern muß derselben theilweise vorangehen, soweit nämlich dasselbe sich als die geschichtliche Vorstufe des geltenden Rechts darstellt. Zur Seite bleibt das Recht der sog. Naturvölker[2]), das mehr ein ethnographisches als juristisches Interesse darbietet.

1) Köstlin, Geschichte des deutschen Strafrechts, herausgegeben von Gessler, Tübingen 1859; S. Mayer, Geschichte des Strafrechts von Moses bis zur Gegenwart Trier 1876; Geib, Lehrbuch Bd. I (Grundriß); v. Holtzendorff in s. Handbuch Bd. I S 17 ff.; v. Bar, Handbuch des Strafrechts Bd I Berlin 1882; Du Boys, histoire du droit criminel des peuples anciens Paris 1845, — des peuples modernes, Paris 4 Bde. 1854 ff.; Tissot, le droit penal des divers peuples du monde 2 Bde. 2. Aufl. Paris 1880.

2) Vgl. Post, Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend ethnologischer Basis 2 Bde. Oldenburg 1880 f.; Derselbe, die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte Oldenburg 1884.

§. 8 (6, 7).

Das Strafrecht des Alterthums.[1])

1) Das erste unter den Rechten des Alterthums, welches einen erheblichen Einfluß auf die Entwicklung des Strafrechts geübt hat, ist das jüdische oder israelitische Recht[2]), und zwar in derjenigen Gestalt, in welcher es in den fünf Büchern Mosis vorliegt, ohne daß der späteren talmudischen Entwicklung dabei Einfluß gestattet werden dürfte. Bezeichnend für das jüdische Strafrecht ist aber

a) der große Werth, der auf äußere Wiedervergeltung oder Talion gelegt wird, wonach nicht bloß die Tödtung mit dem Tode, sondern auch die Körperverletzung mit der entsprechenden Körperverletzung bestraft werden soll[3]), welche letztere freilich wahrscheinlicher Weise durch Geld abgekauft werden konnte. Bezeichnend ist aber

b) auch der Ernst und Nachdruck, mit welchem das Delict zugleich als Verletzung einer höheren Ordnung aufgefaßt wurde, und wonach die Todesstrafe außer auf Tödtung noch auf eine Reihe von andern Delicten gesetzt war. Vollzogen wurde die Todesstrafe durch Steinigung, woneben aber auch Verbrennung und Durchbohrung mit dem Schwert, nicht aber Enthauptung vorkommt.

c) Freilich wurde dies dahin übertrieben, daß schwere weltliche Strafe und selbst die Todesstrafe auch auf rein religiöse, ja bloß rituelle Verletzungen gesetzt war, wohin neben

1) Leist, graeco-italische Rechtsgeschichte Jena 1884; Du Boys, histoire du droit criminel des peuples anciens Paris 1845; Thonissen, histoire du droit criminel des peuples anciens Brüssel 1869.

2) Michaelis, mosaisch-peinliches Recht 2. Ausgabe Reutlingen 1785 ff; Saalschütz, das mosaische Recht 2. Aufl. Berlin 1853, S. 437 ff.; Schnell, das israelitische Recht Basel 1853; Fürst, das peinliche Rechtsverfahren des jüdischen Alterthums Heidelberg 1873; Duschak, das mosaisch-talmudische Strafrecht Wien 1869; Diestel, die religiösen Delicte des israelitischen Strafrechts (Jahrbücher für protest. Theol. 1879); Nöldeke, Blutrache (Schenkel's Bibellexion).

3) Vgl. hauptsächlich 2 Moses 21, v. 23—25; 3 Moses 24, v. 19—20 (Leben um Leben, Auge um Auge, Zahn um Zahn, Hand um Hand, Fuß um Fuß, Brandmal um Brandmal, Wunde um Wunde, Beule um Beule).

Götzendienst und Zauberei auch Sabbathschändung, Unterlassung des Opferns und Fastens und die Uebertretung der Speisegebote gehörten. Ebenso findet sich, daß auf Ungehorsam gegen die Eltern die Strafe der Steinigung gesetzt ist (4 Moses 21). Und bekannt endlich ist die Strenge, mit welcher das mosaische Recht die Sittlichkeitsdelicte behandelt, was in der späteren Zeit als Gegengewicht gegen eine zu freie Auffassung gedient hat.

d) Uebrigens war es nicht immer die Todesstrafe, welche auf solche Fälle gesetzt war; vielmehr entspricht es der schon erwähnten Vermischung von Religion und Recht, daß vielfach eine Strafe verhängt wurde, die nicht erkennen läßt, ob man es mit einer wirklichen Rechtsfolge oder mit einem Nachtheile von nur idealer Bedeutung zu thun habe [4]).

e) Großen Einfluß hat das jüdische Strafrecht ebenso auf das spätere römische Recht, wie auf das mittelalterliche Recht, wie auf das neuere Recht geübt, und selbst im geltenden Recht (insbesondere in manchen Erörterungen über das Recht, vgl. oben Seite 51 f.) ist noch heute sein Einfluß nicht zu verkennen. Vielfach wurde es als unmittelbar göttliches Recht, von dessen Vorschriften nicht dispensirt werden könne, betrachtet. In der Hauptsache aber hat das 18. Jahrhundert, mit den jüdischen Vorstellungen im Gebiete des Strafrechts endgültig gebrochen.

2) Weit geringer war der Beitrag, welchen das griechische Recht [5]) zur Entwicklung des Strafrechts geliefert hat, wohl um deßwillen, weil dasselbe trotz bedeutsamer Grundlagen nicht zu einer festen und folgerichtigen Gestaltung gelangte.

a) Auch bei den Griechen (wie bei den Indogermanen überhaupt) wurde die Tödtung lange Zeit vorwiegend als Privatsache behandelt, wie nicht nur aus der Blutrache und dem

4) Noch jetzt ist streitig, was unter dem „Karath" der biblischen Stellen zu verstehen ist, das ursprünglich wohl wirkliche Ausrottung durch Tödtung, später bloße Ausschließung aus der rechtlichen (bzw. aus der vollen rechtlichen Gemeinschaft) bedeutete.

5) K. F. Hermann, Grundsätze des Strafrechts im griechischen Alterthum Göttingen 1855 (auch: griechische Antiquitäten); Thonissen, le droit pénal de la république Athénienne Brüssel u. Paris 1875; Herrlich, die V. gegen das Leben nach athen. Recht Berlin 1883.

Sühngeld der homerischen Zeit[6]), sondern auch daraus hervorgeht, daß die Klage wegen Tödtung auch später nur den Angehörigen des Getödteten zustand.

b) Auch bei den Griechen aber wurde das Strafrecht von religiösen Vorstellungen beherrscht, wie dies nicht nur in den Fällen, die als ἀσέβεια gestraft wurden, sondern auch in der Bestrafung der Tödtung hervortritt.

c) Ueberwiegend aber war das Strafrecht, wenigstens in der späteren Zeit, nach dem (richtigen) öffentlich-rechtlichen Gesichtspunct geregelt, wonach nicht nur Verletzungen des Staats und allgemeinerer Interessen, sondern auch Verletzungen der Person und des Eigenthums[7]) mit den verschiedensten öffentlichen Strafarten bestraft wurden, unter denen neben Todesstrafe[8]), Verbannung und Geldstrafen auch die Ehrenstrafe (Atimie) eine besondere Rolle spielt, und denen selbst die Freiheitsstrafe[9]) nicht ganz fremd ist.

d) Dabei wurde auf die subjective Verschuldung in der Art Rücksicht genommen, daß für die verschiedenen Arten der Tödtung in Athen sogar besondere Gerichtshöfe bestanden, mit der fahrlässigen aber auch die zufällige Tödtung gestraft und sogar leblose Gegenstände, durch welche eine Verletzung bewirkt war, außer Landes geschafft wurden.

e) Nicht aber ist es bei den Griechen zu einer folgerichtigen Entwicklung (und noch weniger zu einer folgerichtigen Handhabung) des Strafrechts gekommen, ein Mangel, der nur

6) Vgl. die Scene auf dem Schild des Achilles und darüber Leist, graeco-italische Rechtsgeschichte S. 329 ff.

7) Eigenthümlich ist, daß Entführung und Nothzucht weniger schwer als Verführung gestraft wurden, sowie daß unter den Vermögensdelicten nicht der Betrug vorkommt.

8) Eigenthümlich ist, daß die Todesstrafe nicht öffentlich, sondern (abgesehen vom Giftbecher) in der Art vollstreckt wurde, daß der Scharfrichter den Verurtheilten in der Stille abthat. In den meisten Fällen aber stand es dem Angeklagten frei, durch freiwilliges Exil der Verurtheilung zur Todesstrafe zuvorzukommen.

9) So wird der Diebstahl außer mit der Zahlung des Doppelten in der Art gestraft, daß der Thäter 5 Tage und 5 Nächte (öffentlich sichtbar) in den Block gesperrt wird.

theilweise durch die zuerst bei ihnen auftauchenden philosophischen Betrachtungen [10]) über Verbrechen und Strafe ersetzt wird.

3) Ganz anders das römische Recht [11]), das zwar auf dem Gebiete des Strafrechts keineswegs zu derselben Vollkommenheit wie auf dem Gebiete des Privatrechts gelangte, dennoch aber auch zur Entwicklung des Strafrechtes Bedeutendes beitrug und auch auf dem Gebiete des Strafrechts im späteren deutschen Recht in nicht unbedeutendem Umfange praktische Geltung erlangte.

a) Auch in ihm ist eine einseitige privatrechtliche Auffassung in mancher Hinsicht nicht zu verkennen, die theils in gewissen Resten der Privatrache [12]), theils in der Talionsstrafe für Körperverletzung [13]), theils in der unter Umständen eintretenden addictio des Schuldigen an den Verletzten (zur Schuldknechtschaft), theils und besonders in den mannigfach angedrohten Privatstrafen hervortritt.

b) Auch im römischen Recht ferner fehlte es nicht an sacralen Bestandtheilen des Strafrechts, in welcher Beziehung vor Allem [14]) die Strafe der sacratio capitis oder der exse-

10) Vgl. die Aeußerungen der Sophisten und Epikuräer einerseits, die mehr die Nebenzwecke der Strafe, sowie der Pythagoräer und des Plato und Aristoteles, die mehr den Vergeltungszweck betonen.

11) Rein, das Criminalrecht der Römer Leipzig 1844; Zumpt, das Criminalrecht der römischen Republik 2 Bde. Berlin 1865 ff.; Platner, quaestiones de jure criminum romano Marburg 1842; Laboulaye, essai sur les lois criminelles des Romains concernant la responsabilité des magistrats Paris 1845. Außerdem Mommsen (römisches Staatsrecht), Pernice (Labeo), Bernhoeft (Staat u. Recht der römischen Königszeit), Voigt (die XII Tafeln), Herzog (Geschichte und System der römischen Staatsverfassung). — Von älteren Werken Matthäus, de criminibus Trajecti ad Rhen. 1644 und öfter (Kommentar zu den libri terribiles).

12) Vgl. die Tödtungsbefugniß gegenüber dem nächtlichen Dieb und gegenüber dem Ehebrecher, die aber so nahe an Nothwehr grenzt, daß sie als selbständige Befugniß nicht sehr in's Gewicht fällt.

13) Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto (Zwölf Tafeln).

14) Vgl. auch das für fahrlässige Tödtung angeordnete Opfer (aries), ferner die Ausdrücke supplicium und deo suspendi.

cratio in Betracht kommt, die in den Quellen noch für Grenzfälschung, Mißhandlung der Eltern und Verletzung der für sacrosanct erklärten Beamten erwähnt wird.

c) Besonders früh und besonders stark aber tritt im römischen Strafrecht der öffentlich-rechtliche Gesichtspunct hervor, wie dies vor Allem bei dem Verbrechen der Tödtung oder dem sog. paricidium der Fall ist, das in der entschiedensten Weise als ein gegen das Gemeinwesen selbst gerichtetes Delict angesehen und sogar dem Begriffe der perduellio oder gewaltsamen Auflehnung gegen das Gemeinwesen [15]) untergeordnet wurde [16]).

d) Dementsprechend finden wir, daß auf eine Reihe von Delicten im älteren römischen Recht, insbesondere in den Zwölf Tafeln, die Todesstrafe oder eine sonstige „Capitalstrafe" (mit dem Verlust der Freiheit oder mindestens des Bürgerrechts verbundene Strafe) gesetzt ist, wie dies nicht nur bei perduellio und Brandstiftung, sondern auch bei dem falschen Zeugniß, der passiven Bestechung und dem furtum manifestum [17]), ja sogar bei verbotenen Versammlungen und gewissen Arten der Schmähung (dem occentare oder carmen condere) der Fall war. Vollzogen wurde die Todesstrafe theils durch Enthauptung, theils durch Herabstürzen vom tarpejischen Felsen,

15) Vgl. die Erzählung von P. Horatius (Livius I, 26), der seine Schwester, allerdings vor versammeltem Heere, getödtet hatte und wegen perduellio verurtheilt wurde. — Dabei kann dahin gestellt bleiben, ob das Wort paricidium (das jedenfalls später Verwandtenmord bedeutete) von per und cidium (arge Tödtung) oder von parem caedere (einen Mitbürger tödten) herkommt oder in der That nur Verwandtenmord bedeutete und von der gemeinen Tödtung nur um deßwillen gebraucht wurde, da dieselbe gleich dem Verwandtenmord von Amtswegen verfolgt werden sollte.

16) Vgl. Osenbrüggen, das altrömische paricidium Kiel 1841; Köstlin, die perduellio unter den römischen Königen Tübingen 1841.

17) Daß das furtum manifestum schwerer als das non manifestum gestraft wurde, beruhte darauf, daß in diesem Falle die That viel handgreiflicher und zweifelloser hervortritt (vgl. unsere erste Auflage S. 436 und Gerichtssaal 1881 S. 122 ff. und schon Zumpt I S. 136) und nicht, wie meistens (auch von v. Bar S. 10) angenommen wird, auf der Berechnung, daß dadurch der Privatrache vorgebeugt werden solle.

woneben auch das „virgis necari“ und die Strafe des Feuertodes vorkam.

e) Nicht aber blieben diese Strafen im Laufe der republikanischen Zeit in Gebrauch; vielmehr trat in den meisten Fällen, sofern nicht auf bloße Geldstrafe erkannt wurde, die aquae et ignis interdictio an ihre Stelle, die noch durch das sog freiwillige Exil ergänzt wurde. Ja, es wurde durch die leges Porciae die Todesstrafe und die körperliche Züchtigung für römische Bürger, abgesehen von militärischen Delicten und einigen besonderen Fällen[18]), gesetzlich beseitigt, wonach das Strafrecht der Republik einen besonders politischen Charakter annahm, was auch in der Art und Weise der Aburtheilung (durch die Volksversammlung) hervortritt.

f) Uebrigens wurden in der republikanischen Zeit nur wenige auf das Strafrecht bezügliche Gesetze erlassen. Eingehender geregelt wurde dasselbe vielmehr erst seit der Lex Calpurnia vom Jahre 149 vor Christus, durch welche das sog. crimen repetundarum (Bedrückung römischer Beamten in den Provinzen) näher geregelt und ein besonderes Verfahren (Aburtheilung durch eine sog. quaestio perpetua) für diese Fälle festgesetzt wurde[19]), welchem Gesetze dann eine Reihe von anderen leges für andere crimina gefolgt ist. Besonders bemerkenswerth war in dieser Beziehung die Thätigkeit Sulla's[20]), der sich diejenige von Pompejus, Caesar und Augustus anschloß. Im Einzelnen sind eine Lex Cornelia de sicariis et veneficis, eine Lex Cornelia de falsis, eine Lex Cornelia majestatis, eine Lex Pompeja de paricidiis und mehrere leges Juliae über das crimen repetundarum, das crimen majestatis, das crimen vis und de adulteriis zu nennen.

g) Keineswegs aber umfaßte das Gebiet dieser crimina publica das gesammte Gebiet der strafbaren Handlungen.

18) Es gehört dahin vor Allem der Verwandtenmord, für welchen (vgl. Cicero pro Roscio Amerino) die poena culei (Ertränken in Gemeinschaft mit einem Hunde, Hahn, Affen und einer Schlange) beibehalten wurde.

19) Im Einzelnen ist bestritten, wieviel hiervon durch die Lex Calpurnia selbst angeordnet oder nur in ihrer Folge festgesetzt wurde.

20) K. S. Zachariae, Lucius Cornelius Sulla Heidelberg 1834.

Vielmehr stand ihnen gegenüber das Gebiet der delicta privata, d. h. derjenigen Verletzungen der Person und des Vermögens, wegen deren nur auf eine dem Verletzten zu zahlende Privatstrafe geklagt werden konnte. Und zwar wurde hierhin nicht nur die vielumfassende injuria, sowie das (von der Lex Aquilia geregelte) damnum injuria datum, sondern auch das furtum und Anderes gerechnet, sodaß in vielen Fällen, in denen heute Freiheitsstrafe eintritt, nur auf die Zahlung des Doppelten, Dreifachen oder Vierfachen an den Verletzten erkannt werden konnte. Erklärt wird dies dadurch, daß in vielen Fällen zugleich die infamia eintrat, daß Freiheit und Leben wenigstens eventuell (im Falle der Zahlungsunfähigkeit) in Anspruch genommen wurden, und endlich durch das Bestehen der Sclaverei, wonach theils die Häufigkeit jener Delicte verringert, theils die Gerichtsbarkeit über die Freien durch die über die Sclaven ergänzt wurde.

h) Außer den crimina publica und den delicta privata kamen noch in Betracht die Fälle einer actio popularis[21]), d. h. diejenigen Verletzungen der öffentlichen Ordnung, wegen deren jeder römische Bürger auf eine ihm (bezw. ihm und dem Staate) zu zahlende Geldstrafe zu klagen befugt war.

i) Wesentlich ergänzt ferner wurde das römische Strafrecht theils durch die Befugniß der Beamten zur Verhängung von Geldstrafen[22]), deren Höchstbetrag verschieden bestimmt war, theils durch die Befugniß des Censors[23]) zu Rügen und Rechtsminderungen, deren Bedeutung in der älteren Zeit besonders groß war, theils durch die Gerichtsbarkeit über Angehörige und Sclaven (judicium domesticum), die allerdings in späterer Zeit erheblich eingeschränkt wurde.

4) Aenderung und Fortschritt erfolgten in der Kaiserzeit, in welcher vor Allem der Gegensatz zwischen den crimina publica und den delicta privata ausgeglichen und der besonders politische Charakter des römischen Strafrechts auf-

21) Bruns, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. III; Wächter, Beilagen S. 60; Hölder, v. Holtzendorff Rechtslexicon unter Popularklage; Brinz, Pandecten 2. Aufl. I. S. 281 ff.

22) Huschke, multa und sacramentum Leipzig 1874.

23) Jarcke, das censorische Strafrecht Bonn 1824.

hörte, bezw. durch politische Einflüsse anderer Art (kaiserliche Willkür) ersetzt wurde.

a) Als Grundlage des Strafrechts blieben auch jetzt jene leges publicorum judiciorum bestehen, nur ergänzt durch Senatusconsulte und kaiserliche Constitutionen, wozu noch die ergänzende Thätigkeit der Rechtsprechung selber hinzukam. Vgl. die Pandecten- und Codextitel: ad legem Corneliam de sicariis, de lege Cornelia de falsis, ad Legem Juliam de vi publica, ad Legem Juliam de vi privata u.s.w.

b) Jener schon erwähnte Ausgleich zwischen crimina publica und delicta privata aber kam dadurch zu Stande, daß eine Reihe von neuen Fällen als öffentlich strafbar anerkannt und mit dem Namen crimina extraordinaria belegt wurde [24]), sowie dadurch, daß nach und nach auch eine Anzahl delicta privata (extra ordinem) als öffentlich strafbar angesehen wurde, indem von Seiten der Verletzten beim Criminalgericht auf öffentliche Strafe geklagt werden konnte [25]). Ja, in der späteren Kaiserzeit wurde anerkannt, daß überhaupt bei den delicta privata der Verletzte die Wahl habe, ob er bei dem Civilgericht auf Privatstrafe oder bei dem Strafgericht auf öffentliche Strafe klagen wolle.

c) Vor Allem bedeutsam war ferner die große Umwandlung, welche in den Strafmitteln der Kaiserzeit gegenüber denjenigen der republikanischen Zeit eintrat, und welche besonders darin bestand, daß α) in großem Umfange wieder Leibes- und Lebensstrafen zur Verwendung gelangten, die theilweise in besonders grausamer und willkürlichen Art vollstreckt wurden [26]); β) darin, daß aus der aquae et ignis

24) So das crimen stellionatus (vgl. die Lehre vom Betrug), die concussio, das crimen raptus, die sepulcri violatio, termini motio, partus abactio, infantis expositio, das crimen receptatorum, der sog. Scopelismus (vgl. das Delict der Bedrohung).

25) Vgl. Lex 92 Dig. de furtis 47, 2: „meminisse oportebit, nunc furti plerumque criminaliter agi et eum, qui agit, in crimen subscribere“.

26) Man denke an den Kampf mit wilden Thieren (bestiis objici) und an die Verurtheilung zum Gladiatorenkampf, die erst in der christlichen Zeit abgeschafft wurden. Außerdem wurden Enthauptung, Kreuzigung, damnatio ad furcam, Verbrennung und die alte poena

interdictio der republikanischen Zeit sich theils die Strafe der Deportation[27]), theils die Strafe der Relegation entwickelte, welche letztere wiederum theils als Verbannung aus einer Provinz, theils als Verbannung an einen bestimmten Ort vorkam; insbesondere aber γ) darin, daß in der Kaiserzeit in großem Umfange Zwangsarbeit als Strafmittel verwandt wurde, die in verschiedenen Arten und Abstufungen vorkam[28]) und durch welche das Strafrecht der römischen Kaiserzeit dem heutigen Strafrecht nicht nur ähnlich ist, sondern sich für dasselbe sogar als eine Art Vorbild darstellt[29]). Empörend war der Unterschied, der in der römischen Kaiserzeit nach den Standesverhältnissen gemacht wurde, wonach die Höherstehenden (honestiores) z. B. zur Deportation, die Niederen (humiliores) zum Kampf mit Thieren u. dgl. verurtheilt wurden. In den meisten Fällen war die Strafe jetzt nicht (wie in der republ. Zeit) eine absolut bestimmte, sondern es war dem richterlichen Ermessen ein Spielraum für die Bestrafung gelassen (vgl. L. 11 pr., L. 13 de poenis 48, 19).

d) Der Einfluß, welchen die Aufnahme des Christenthums auf das römische Strafrecht ausübte, zeigt sich theils darin, daß gewisse besonders grausame und willkürliche Strafen (vgl. oben c) beseitigt wurden, theils aber auch darin, daß gerade jetzt die Talionsvorstellungen des alten Testamentes und die besonders strenge Auffassung desselben von den Sittlichkeitsdelicten zur Geltung gelangten.

culei verwendet. — Außer der Todesstrafe kamen auch verstümmelnde Strafen (Abhauen von Hand oder Fuß), sowie Brandmarkung und körperliche Züchtigung zur Anwendung.

27) Deportation war die Verbringung auf bestimmte Inseln im mittelländischen Meere, verbunden mit Verlust des Bürgerrechts, also Capitalstrafe. Vgl. v. Holtzendorff, die Deportationsstrafe im römischen Alterthum Leipzig 1859.

28) Man unterschied damnatio in metalla und Verurtheilung zu sonstigen opera publica; damnatio in metalla im eigentlichen Sinn und (geringer) in opus metallicorum; damnatio auf Zeit und in opus perpetuum (nur die letztere galt als Capitalstrafe).

29) Doch wird auch im römischen Recht bloße Einschließung (vincula publica, carcer, custodia, Einsperrung in ein Kloster) erwähnt.

e) Dabei wurde in der Kaiserzeit neben sehr richtigen auch eine Menge willkürlicher Strafbestimmungen erlassen; die Begriffe der einzelnen Delictsarten schwankten zwischen zu großer Allgemeinheit[30]) und allzu casuistischer Fassung, und die allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze, insbesondere diejenigen über Versuch und Theilnahme, traten zwar deutlicher als früher hervor, ohne aber zu einer vollständigen und folgerichtigen Durchbildung zu gelangen.

g) Was aber den allgemeinen Character des römischen Strafrechts betrifft, so ist für dasselbe bezeichnend, daß in ihm, der wahren Bedeutung des Delictes entsprechend, vor Allem Gewicht auf den verbrecherischen Willen gelegt und dem Erfolg des verbrecherischen Thuns nur ein untergeordneter Einfluß gewährt wird[31]). Allerdings aber geschah dies in zu einseitiger Weise, sodaß bei fast allen Delicten nur die vorsätzliche, nicht auch die fahrlässige Verübung gestraft und kein genügender Unterschied zwischen dem nur versuchten und dem vollendeten Delicte gemacht wurde.

h) Was die Quellen des römischen Strafrechts betrifft, so ist dasselbe enthalten vor Allem im 47. und 48. Buche der Pandekten, sowie im 9. Buche des Codex (den „libri terribiles“), die, wie die übrigen Theile der Pandekten, in Deutschland spaeter gesetzliches Ansehen erlangten.

§. 9. (8, 9).

Das Strafrecht des Mittelalters[1]).

1) Im Gegensatz zum römischen Recht zeigt das ältere

30) Vgl. die umfassenden Begriffe der injuria, des furtum, des crimen vis, und des falsum, hinsichtlich deren übrigens zweifelhaft war, ob sie nicht dennoch nur in den vom Gesetze hervorgehobenen Einzelfällen bestraft werden sollten.

31) So wenigstens bei den crimina publica, wogegen bei den delicta privata der Gesichtspunct der Schädigung und Genugthuung überwog. Daß bei den delicta privata das „Rechtsprincip“ reiner zur Geltung gekommen sei (v. Bar, Handbuch I S. 15), können wir nicht zugeben.

1) Wilda, Strafrecht der Germanen Halle 1842; Jacob Grimm, Rechtsalterthümer Gött. 1828; v. Woringen, Beiträge zur Geschichte

deutsche Strafrecht, zunächst der germanischen Zeit[2]) einen stark privatrechtlichen und zugleich sehr äußerlichen Character, wonach mehr Gewicht auf die zugefügte Verletzung, als auf das Hervortreten des verbrecherischen Willens gelegt wird.

a) Nur in geringem Maße sind in demselben sacrale Anschauungen vertreten[3]), die vielmehr erst später durch den Einfluss der christlichen Kirche hinzukamen.

b) Wohl aber wurden auch bei den germanischen Stämmen schon früh gewisse Delicte gegen das Gemeinwesen sowie schwere sittliche Vergehungen mit dem Tode bestraft[4]), wozu in anderen Fällen noch die Verhängung von Ehrenstrafen[5]), sowie die Strafe der Friedlosigkeit hinzukam[6]), welche letztere Strafe übrigens bei den südgermanischen Stämmen nicht entfernt in derselben Ausdehnung wie in den nordischen nordgermanischen Rechtsquellen (Norwegen, Schweden u.s.w.) vorkommt[7]).

des deutschen Strafrechts Berlin 1836; Wächter, Beiträge zur deutschen Geschichte, insbes. zur Gesch. des deutschen Strafrechts Tübingen 1845; Waitz, das alte Recht der salischen Franken Kiel 1846 (Derselbe Verfassungsgeschichte); John, das Strafrecht in Norddeutschland zur Zeit der Rechtsbücher I Leipzig 1858; Osenbrüggen, das alamannische Strafrecht Schaffhausen 1860, das Strafrecht der Langobarden Schaffh. 1863 Studien zur deutschen und schweizerischen Rechtsgeschichte Schaffhausen 1868; Hälschner, das preußische Strafrecht I (Geschichte des brandenburgisch-preußischen Strafrechts) Bonn 1855; v. Amira, altnorwegisches Vollstreckungsverfahren München 1874; Dahn, westgothische Studien Würzburg 1874; R. Löning, der Vertragsbruch im deutschen Recht Straßburg 1876; Frauenstädt, Blutrache und Todtschlagssühne Leipzig 1881.

2) Den alten Irrthum, als habe es in der älteren germanischen Zeit weder Staat, noch Gericht, noch Strafe gegeben, erneuert Löning, Zeitschrift für Strafrechtswiss. 1883 S. 228.

3) Vgl. Tacitus, Germania c. 7, 11, sowie eine Stelle der Lex Frisionum (Add. XII, 1), wonach der Tempelschänder am Strande der See den Göttern geopfert wird.

4) Vgl. die theilweise bestrittene Stelle Tacitus Germania c. 12.

5) Tacitus Germania c. 12 u. c. 6.

6) Lex Salica emendata 57, 5, wo über den Todtenräuber das „wargus sit“ (die Friedlosigkeit) verhängt wird.

7) Wobei aber sehr wesentlich das unter d zu Sagende in Betracht kommt.

c) Vorwiegend als Privatsache dagegen wurden die Verletzungen der Person behandelt[8]), wegen deren der Verletzte, bezw. seine Angehörigen ursprünglich nur Rache (Fehde, faida) zu üben, dann Rache zu üben oder ein Sühngeld zu verlangen befugt waren, bis dieses letztere Recht als ihr ausschließliches Recht hingestellt und das Racherecht auf den Fall der Zahlungsweigerung beschränkt wurde[9]). Dabei wurde hinsichtlich dieses Sühngeldes, dessen ursprünglich vertragsmäßiger Character[10]) auch in der Bezeichnung compositio hervortritt, zwischen dem sog. Wergeld, das im Falle der Tödtung, und den Bußen, die im Falle sonstiger Verletzungen gezahlt werden sollten, unterschieden. Und zwar war das Wergeld[11]) abgestuft nach dem Alter, dem Geschlecht und dem Stande der verletzten Person, übrigens so, daß die Tödtung einer Frau nach einigen Volksrechten geringer, nach anderen höher als die Tödtung eines Mannes angesetzt war und auch der Unterschied zwischen Freien und Adeligen, Weltlichen und Geistlichen in dem einen Recht höher als in dem anderen veranschlagt wurde[12]). Ebenso wurde die Buße nach den verschiedenen Körpertheilen oder auch nach der Art der Verletzung unterschieden, wonach z. B. nach dem friesischen Recht der Verlust eines Fingers mit 6—13 Solidi, der eines Ohres

8) Brunner, Sippe und Wergeld (Zeitschrift der Savignystiftung III); Sperling, Buße und Wette Straßburg 1874; v. Borch, das höchste Wergeld im Frankenreiche Innsbruck 1883.

9) Bekannt ist der Kampf der Gesetzgebung mit der Blutrache, die den Angehörigen auch später eine Annahme des Wergeldes nur unter gewissen, den Thäter besonders demüthigenden Formen gestattete. Die regelmäßige Formel der Volksrechte bei der Ansetzung von Buße und Wergeld ist: „solvat aut faidam portet“.

10) Tacitus, Germania c. 21: „luitur etiam homicidium certo armentorum ac pecorum numero“.

11) Werigildum, von vair gothisch = vir, also Manngeld; doch kommt auch leudus, leudis vor.

12) In jedem Falle kam schon das einfache Wergeld (meist zwischen 150 und 200 Schilling) dem Werth einer Hufe gleich, d. h. eines Stückes Land, das durch einen Pflug bewirthschaftet werden konnte. Gezahlt wurde dasselbe an die Sippe, und zwar theils an die nächsten Verwandten, theils an die „gemeinen Magen“, wonach wieder „Erbsühne“ und „Magsühne“ unterschieden wurde.

mit 12, der Nase mit 24, der Hand mit 45 gebüßt werden mußte. Wer nicht zahlen konnte, büßte mit Leib oder Leben oder verfiel der Schuldknechtschaft. Neben dem Sühngeld stand ferner das sog. Friedensgeld (fredum oder fredus, später Wedde oder Gewedde, Gewette), d. h. diejenige Zahlung, welche der Schuldige außerdem noch an das Gericht oder den König zu zahlen hatte[13]) und dem ebenso die Bedeutung einer Sühne für den gebrochenen, wie eines Preises für den neu zu erlangenden Frieden zukam. — Und ähnliche Bußen und Friedensgelder waren festgesetzt auch für die Verletzungen des Eigenthums, und zwar nach den meisten Rechtsquellen nicht nur für die Beschädigung, sondern auch für die Entwendung, z. B. von Thieren, wobei sich ebenfalls die genauesten Unterscheidungen finden.

d) Uebrigens wurden gewisse schwerere oder schimpflichere Verletzungen der Person oder des Vermögens schon nach den Volksrechten schwerer bestraft, wie dies insbesondere mit der heimlichen Tödtung oder dem Morde und dem Diebstahl der Fall ist, auf die, keineswegs in allen, aber doch in einzelnen Volksrechten die Todesstrafe gesetzt war[14]). Nach allen Rechtsquellen ferner trat Friedlosigkeit ein, wenn der Schuldige sich dem rechtlichen Ausgleich entzog und vor Gericht ausblieb[15]), in welchem Falle er nicht bloß der Rache des Verletzten, sondern jeder Verletzung gegenüber rechtlich schutzlos sein sollte.

e) Dabei fehlte es auch dem germanischen Strafrecht nicht an einer Berücksichtigung der subjectiven Verschuldung, die aber insofern zurücktrat, als α) Wergeld und Buße gleichmässig bei vorsätzlicher wie fahrlässiger, ja auch bei zufälliger Verübung gezahlt werden sollten[16]) und als β) die Verpflich-

13) Tacitus, Germania c. 12: „pars mulitae regi aut civitati".

14) Wogegen andere Volksrechte sich auch in diesem Falle mit Wergeld und Buße, wenn auch z. B. (im Falle des Mordes) mit dem neunfachen Wergeld begnügen.

15) Vgl. H. Meyer, das Strafverfahren gegen Abwesende Berlin 1869, S. 48 ff.

16) Lex Saxonum 12, 5: si ferrum manu elapsum hominem percusserit, ab eo, cuius manum fugerat, componatur; Lex Angliorum 10, 8: qui nolens, sed casu quolibet hominem vulneraverit vel occiderit, compositionem legitimam solvat.

tung zur Zahlung nur durch die vollendete, nicht schon durch die versuchte Verletzung begründet wurde und der Versuch nur in vereinzelten Fällen unter eine besondere Strafe gestellt war.

2) Ein großer Fortschritt vollzog sich im fränkischen Reiche, und zwar durch die Gesetze der fränkischen Könige oder die sog. Kapitularien, insbesondere diejenigen Karls des Großen, durch welche a) eine größere Zahl von Delicten als bisher mit öffentlichen Strafen, und zwar Leibes- und Lebensstrafen bedroht wurde[17]; durch welche b) in denjenigen Fällen, in welchen Wergeld und Buße bestehen blieben, der Verletzte zur Annahme derselben und mithin zur Unterlassung der Racheübung verpflichtet wurde, und nach welchen endlich c) die Handhabung des sog. bannus regius[18]) die Möglichkeit gab eine Reihe geringerer, bis dahin strafloser Fälle mit Geldstrafen (bis zu 60 solidi) zu treffen.

3) Theilweise rückgängig wurde dies freilich, als nach der Begründung des deutschen Reiches die Geltung der Kapitularien hinwegfiel und (da auch die alten Volksrechte zurücktraten) die Rechtspflege im Wesentlichen auf die Fortentwickelung durch das Herkommen angewiesen war.

a) Auch in dieser Zeit fehlte es nicht an allgemeinen, reichsgesetzlichen Vorschriften[19]; vielmehr wurde eine Reihe von sog. Landfriedensgesetzen erlassen, denen auch keineswegs Geltung nur für die Fürsten und Grafen des Reiches oder die sog. Reichsunmittelbaren, sondern für alle Personen im Reiche zukam, die sich aber theils auf eine allgemeine Einschärfung des Landfriedens beschränkten, theils nur den Landfriedensbruch als solchen mit Strafe bedrohten, theils nur

17) So neben Verrath und Heeresflucht auch Brandstiftung, die schwereren Fälle von Diebstahl und Raub und die schwereren Fälle der Tödtung; ja es findet sich (Capit. Childeberti II 595 c. 5), daß jeder Todtschlag für todeswürdig erklärt wird.

18) Vgl. insbesondere das Capitulare de banno von 772.

19) Vgl. vor Allem die Landfrieden Friedrichs I. von 1156, 1158 und 1187, die sog. Treuga Henrici (Heinrich's VII) von 1224 und den Mainzer Landfrieden Friedrich's II. von 1235. Vgl. über letzteren Boehlau, nove constitutiones Domini Alberti d. i. der Landfriede von 1235 Weimar 1858.

eine Anzahl bestimmter Verbrechen aufführten[20]), vor Allem aber nur höchst mangelhaft zur Anwendung gelangten.

b) In der Hauptsache also war die Strafrechtspflege angewiesen auf die Rechtsbildung in den kleineren Kreisen, in welchen jetzt die mannigfachsten Rechtsaufzeichnungen erfolgten, unter welchen, was die Rechtsbücher betrifft, auch für das Strafrecht der Sachsenspiegel und der Schwabenspiegel, was die Stadtrechte betrifft, diejenigen von Goslar und Lübeck, sowie von Augsburg, Bamberg und Nürnberg hervorragende Bedeutung erlangten.

c) Dabei wurden jetzt überall die schwereren und schimpflicheren Delicte mit Leibes- und Lebensstrafen bestraft[21]), was jedoch mehr in den süddeutschen als in den norddeutschen Rechtsquellen der Fall war, und wobei eine große Verschiedenheit auch darin stattfand, ob diese Strafen unbedingt vollstreckt werden mußten oder mit Bewilligung des Klägers oder des Richters, bzw. des Klägers und des Richters „geledigt“, d. h. durch Geld abgekauft werden konnten[22]). Nicht selten war damit der Gedanke einer Talionsstrafe verbunden[23]), und zwar in dem Sinne, daß vor Allem dem Kläger eine Genugthuung gewährt werden sollte, was sich u. A. dadurch ausspricht, daß es mehrfach Sache des Klägers war, die Strafe zur

20) Vgl. das Gesetz Heinrich's II. von 1019 über Paricidium und Mord, die Constitutio Friedrich's I. contra incendiarios von 1187, das Edictum Heinrich's VII. de crimine laesae majestatis von 1313 und die Gesetze Friedrich's II. und seiner Nachfolger gegen die Ketzer (1220, 1224, 1231 u.s.w.).

21) Die in den mannigfachsten Arten vorkommen, so die Todesstrafe als Erhängen, Ertränken, Verbrennen, Lebendigbegraben, Pfählen, Viertheilen, Rädern, Enthaupten; die Verstümmlungsstrafe als Blenden, Abhauen von Hand oder Daumen, Abschneiden der Ohren, der Nase, der Zunge, auch Schlitzen der Ohren, der Zunge; wozu noch Peinigungen, wie das Schwemmen, die sog. Schupfe und der Schnellgalgen, und endlich Brandmarkung und körperliche Züchtigung (Staupenschlag, Stockschilling) hinzukommt.

22) Es wurde dies Richten „nach Gnade“ oder „im freundlichen Rechte“ genannt.

23) Es galt dafür das Sprüchwort „bar gegen bar“; und unverkennbar sind es biblische Vorstellungen, welche hier einwirkten.

Vollstreckung zu bringen. Nicht selten ferner war mit dem Verzicht auf blutige Strafe eine Art Kirchenbuße (siehe unten) verbunden; auch wirkte die Einrichtung weltlicher und geistlicher Freistätten oder Asyle dahin, daß vielfach an der Stelle blutiger Strafen andere und geringere Strafen zur Anwendung gelangten.

d) Als eine Art Zwischenstufe zwischen den Geldstrafen und den blutigen Strafen kommt ferner die mittelalterliche Acht oder Verfestung in Betracht[24]), eine Rechtsfolge, welche vorzugsweise an das Ausbleiben vor Gericht geknüpft war, aber auch[25]) als selbständige Strafe verwendet wurde. Ursprünglich (vgl. oben) in allen Fällen völlige Fried- und Schutzlosigkeit bedeutend, wurde sie allmählich, abgesehen von besonderen Fällen[26]), dahin abgeschwächt, daß der Geächtete oder Verfestete nur ergriffen und vor Gericht geführt werden durfte[27]); ja es entwickelte sich daraus die Strafe der Verbannung, die insbesondere in den Städten (theils auf Zeit, theils lebenslänglich, z. B. auch auf 101 Jahr) verhängt wurde und hier der späteren Landesverweisung voranging.

24) Die in besondere Acht- oder Verfestungsbücher eingetragen wurde (vgl. Francke, das Verfestungsbuch der Stadt Stralsund, Halle 1875, mit einer Einleitung von Frensdorff.)

25) Nicht selten in der Art, daß sie, wie die römische sacratio und theilweise die alte Friedlosigkeit, ohne Urtheil mit der That selbst eintreten sollte.

26) Bei besonders schweren Delicten, bei der Achterklärung Seitens der Vehmgerichte und endlich, wenn der Geächtete Jahr und Tag in der Reichsacht verharrte, was als Oberacht oder Aberacht (wiederholte, verstärkte Acht) angesehen wurde.

27) Uebrigens mit der Wirkung, daß sofort die Strafe (sogar jedesmal die Todesstrafe) verhängt wurde, wozu nach manchen Rechtsquellen der Beweis der Acht oder Verfestung genügte und nach andern nur der Eid des Klägers und seiner Eideshelfer erfordert wurde, — weshalb es zulässig ist, auch in dieser Zeit die Acht oder Verfestung als ein Urtheil in der Sache selbst und nicht bloß als Proceßmaßregel zu betrachten. So H. Meyer, Strafverfahren gegen Abwesende S. 68 ff. Zustimmend Planck, Gerichtsverfahren im Mittelalter II S. 291. Ablehnend Frensdorff, Francke Verfestungsbuch S. XXIV; v. Bar, Handbuch I S. 105.

e) Als eine fernere Zwischenstufe wurden im Mittelalter die mannigfachsten Ehrenstrafen, insbesondere beschimpfende und beschämende Strafen, häufig in Verbindung mit den oben erwähnten Leibes- und peinigenden Strafen, verwendet, woran insbesondere die Stadtrechte reich sind und wobei neben der Ausstellung am Pranger das Laster- oder Klappersteintragen, das Trillhaus, das Sattel- und Hundetragen u. dgl. vorkommt.

f) Dabei wurde in dieser Zeit durch die größere Mannigfaltigkeit der Strafe auch eine größere Berücksichtigung der subjectiven Verschuldung und ihrer Arten ermöglicht; wie wir denn in der That finden, daß nunmehr nicht selten die vorsätzliche Verübung mit Leibes- und Lebensstrafen, die nur fahrlässige Herbeiführung mit Geldstrafen bestraft wird [28]). Etwas vollständiger als bisher wurden Versuch und Theilnahme gewürdigt [29]), und wenn an die Tödtung in Nothwehr auch im jetzigen Recht noch die Verpflichtung zur Wergeldzahlung geknüpft wird, so ist dies doch nur für den Fall bestimmt, daß eine Anforderung des mittelalterlichen Beweisrechts von Seiten des Thäters nicht erfüllt wurde [30]). Die offene Verübung wurde von der heimlichen, die ehrliche Sache von der unehrlichen Sache unterschieden [31]), ein Unterschied, der u. A. für die Ablösbarkeit der Strafe in Betracht kam.

28) Durchaus vereinzelt ist es, wenn im Schwabenspiegel nicht nur die vorsätzliche, sondern auch die fahrlässige Tödtung für todeswürdig erklärt wird.

29) Der Versuch jedoch nur dadurch, daß gewisse Fälle desselben unter besondere Delictsbegriffe (wie Vorsate, Wegelagerung, sog. Nachtschach, Heimsuchung, Schwertzücken, Messerwerfen) zusammengefaßt wurden, wobei die Vorstellung des Friedens und des Friedensbruches einwirkte. Ueber Vorsate vgl. Frensdorff, Verfassung von Lübeck S. 161 ff.; über Nachtschach Osenbrüggen, Studien S. 194, 241 ff.

30) Vgl. Sachsenspiegel II, 14 und darüber Planck, Gerichtsverfahren I S. 800.

31) Vgl. insbesondere den Unterschied von Todtschlag und Mord sowie von Raub und Diebstahl, wobei aber in Betracht kommt, daß auch die offene Tödtung dann Mord genannt wurde, wenn der Thäter sich der Verfolgung entzog, sodaß auch in diesem Falle die „Mordacht“ verhängt werden konnte Uebrigens wurde der Ausdruck Mord nicht

g) Von einem Fehderecht ist in dieser Zeit nur noch in dem Sinne (in diesem Sinne aber allerdings) die Rede [32]), daß, wer vor Gericht kein Recht erlangen konnte, zur Selbsthülfe befugt war [33]), was aber an bestimmte Voraussetzungen und Beschränkungen geknüpft war.

h) Eingetheilt wurden die Delicte in dieser Zeit meist in sog. Friedensbrüche oder „Ungerichte" auf der einen Seite, und bloße „Frevel" auf der anderen Seite [34]). Auch geringere Fälle übrigens wurden zu Friedensbrüchen gesteigert, wenn sie an befriedeten Orten oder zu befriedeten Zeiten, bezw. nach gebotenem oder gelobtem Frieden verübt waren [35]). Endlich wirkte das Lehnsverhältniß insofern ein, als Verbrechen gegen den Lehnsherrn als ein Fall der Untreue oder des Verrathes gestraft wurde.

i) Dem mittelalterlichen Strafrecht eigenthümlich ist endlich eine besonders anschauliche, ja poetische Gestaltung, der auch der Humor nicht fremd ist und die insbesondere in den gebrauchten Urtheilsformeln hervortritt [36]).

bloß für heimliche Tödtung, sondern auch für andere Fälle heimlicher Verübung verwendet.

32) Vgl. Wächter, Beilagen S. 89 ff., Vorlesungen S. 44; andrerseits Hälschner, Geschichte S. 22 f.

33) Wie wenigstens daraus hervorgeht, daß in den Reichsgesetzen nur die unrechtmäßige Fehde verboten und die rechtmäßige näher geregelt war.

34) Jenes waren diejenigen Delicte, die mit Strafen „an Hals und Hand", dieses solche, die, wenn überhaupt mit Leibesstrafe, nur „an Haut und Haar" bestraft wurden, wobei unter Letzterem nicht die (gelegentlich auch vorkommende) decalvatio, sondern körperl. Züchtigung und schimpfliches Abschneiden der Haare zu verstehen ist.

35) Ebenso sollte die sonst ablösbare Tödtung, wenn nach gebotenem oder gelobtem Frieden verübt, unbedingt mit dem Tode, die Verwundung im gleichen Fall mit dem Verlust der Hand gestraft werden. Von dem gewöhnlichen Frieden wurden „höhere Frieden" (Hausfrieden, Burgfrieden, Kirchenfrieden, Heerfrieden) unterschieden. — Vielfach (in den Stadtrechten) wurde (wie im Verfahren, so auch in der Strafe) ein Unterschied zwischen Einheimischen und Fremden gemacht, indem der Fremde mit dem Tode bestraft wurde, wo der Einheimische mit Verbannung oder Geldzahlung davon kam.

36) Vgl. besonders die Formeln, mit denen die Acht erklärt wurde;

4) Eine wesentliche Ergänzung des weltlichen Rechts bildete im Mittelalter das kirchliche (geistliche oder canonische) Strafrecht [37], das zugleich großen Einfluß auf die Fortentwicklung des Strafrechtes geübt hat.

a) Eine Ergänzung lag zunächst darin, daß die Kirche in manchen Fällen, in welchen das damalige weltliche Recht keine Strafe verhängte, ihrerseits vorging, wie dies insbesondere bei den Delicten gegen Religion und Sittlichkeit, sowie bei solchen Delicten, für die kein Kläger vorhanden war (wie Kindesaussetzung, Kindesmord) der Fall war.

b) Eine Ergänzung lag ferner darin, daß kirchliche Strafmittel unter Umständen zu den weltlichen Strafmitteln hinzutraten, insbesondere dann, wenn die Leibes- und Lebensstrafe durch Geldzahlung ersetzt war, in welchem Falle die Kirchenbuße nicht selten in die vertragsmäßige Festsetzung aufgenommen wurde.

c) Als Arten der Kirchenstrafen erscheinen dabei theils die sog. Bußen oder Poenitenzen, theils die sog. kirchlichen Censuren, wobei unter den ersteren neben Gebeten, Gesängen und Fasten auch Spenden und Stiftungen mannigfacher Art und insbesondere auch Walfahrten (nach Rom, San Jago, Aachen u.s.w.) zur Verwendung gelangten, sodaß der Unterschied von den weltlichen Strafen oft nicht groß war. Was

aber auch ein Urtheil auf Erhängen lautet wohl dahin, daß der Thäter „an den lichten Galgen“ gehängt werden solle, „mit einem neuen Stricke“, „daß die Vögel des Himmels sich an ihm erlaben“, „Laub und Gras unter ihm sprießen“ oder „ein Reiter mit gezogenem Schwert unter ihm durchreiten könne“. Ein Urtheil auf Enthaupten dahin, daß Kopf und Rumpf von einander getrennt werden sollen, „also daß ein Wagenrad zwischen beiden durchfahren“ könne u. dergl.

37) München, kanonisches Gerichtsverfahren und Strafrecht, 2. Ausgabe, Köln 1874; Katz, Grundriß des kanonischen Strafrechts, Berlin 1881; E. Loening, Geschichte des d. Kirchenrechts I u. II 1878; Wasserschleben, die Bußordnungen der abendländischen Kirche Halle 1851; Friedberg, aus deutschen Bußbüchern Halle 1868; Schmitz, die Bußbücher und die Bußdisciplin der Kirche Mainz 1883. Die (vielfach durch locale Anschauungen bedingten) Bußbücher sind übrigens früh zu Gunsten einer einheitlichen Kirchenzucht zurückgedrängt worden.

aber die sog. Censuren betrifft, so bestanden dieselben neben dem Interdict hauptsächlich aus dem kirchlichen Bann (excommunicatio), welcher der weltlichen Acht parallel ging und insofern eng mit derselben verbunden war, als jener diese nach sich ziehen sollte und umgekehrt, wie zwar nicht schon im Sachsenspiegel, wohl aber reichsgesetzlich bestimmt war. Vorwiegend von kirchlicher Bedeutung waren die besonderen Strafmittel, welche gegen Geistliche zur Anwendung kamen und unter denen neben der Suspension, Privation (privatio beneficii), Deposition (Absetzung mit Unfähigkeit der Wiederanstellung) und Degradation (Entziehung der priesterlichen Rechte) auch Einsperrung in ein Kloster und (besonders gegen jüngere Cleriker) selbst körperliche Züchtigung erscheinen. Doch kommt in Betracht, daß die Geistlichen nur der geistlichen Gerichtsbarkeit unterlagen und die genannten Strafmittel somit statt der weltlichen Strafmittel zur Anwendung gelangten.

d) Nur eine processuale Bedeutung hatte die Eintheilung der Delicte in delicta ecclesiastica (Haeresie, Schisma, Apostasie, Simonie), delicta mixta (Blasphemie, Zauberei, Meineid, Wucher, delicta carnis) und delicta saecularia, da auch bei der ersten und zweiten Klasse weltliche Strafen verhängt wurden. Bekannt aber ist, wie bei den delicta ecclesiastica von der Kirche die Untersuchung geführt und der Schuldige sodann an den „weltlichen Arm" zur Vollstreckung ausgeliefert wurde, wonach trotz des canonischen Verbotes [38]) die Vollstreckung sehr häufig in Gegenwart der Geistlichen, ja des Bischofs selber erfolgte. Andererseits hat das kirchliche Asylrecht nicht selten dazu gedient, daß die blutige Strafe in eine andere Strafe verwandelt wurde.

e) Ein großer Fortschritt aber erfolgte dadurch, daß von der Kirche weit mehr auf die innere oder subjective Seite des Straffalls geachtet wurde, als dies nach dem damaligen weltlichen Strafrecht der Fall war, was sowohl in den Lehren von der Zurechnungsfähigkeit und der subjectiven Verschuldung,

38) c. 9 X. ne clerici vel monachi 3, 50: „sententiam sanguinis nullus clericus dictet aut proferat, sed nec sanguinis vindictam exerceat aut ubi exerceatur intersit".

wie vom Versuch und der Theilnahme hervortritt. Und der gleiche Fortschritt liegt auch (abgesehen von besonderen Fällen) in der kirchlichen Auffassung der Strafen, bei welcher ebenfalls die Wirkung auf das Innere des Thäters in den Vordergrund gestellt wird

f) Niedergelegt ist das kirchliche Strafrecht des Mittelalters außer im Decretum Gratiani hauptsächlich in dem jedesmal fünften Buch der verschiedenen Decretalensammlungen des Corpus juris canonici und liegt noch heute der kirchlichen Rechtsprechung, die nunmehr aber auf ein staatlich eingegrenztes Disciplinarrecht (siehe oben S. 9 ff. und unten die Lehre von der Rechtswidrigkeit der That) beschränkt ist, zu Grunde.

5) Dem Bedürfniß nach Einheit und Fortbildung des Rechtes kam aber vor Allem das römische Recht entgegen, das, wie in die geistlichen, so nach und nach auch in die weltlichen Gerichte aufgenommen wurde und auch auf dem Gebiete des Strafrechts, wenn auch nicht in demselben Umfange wie im Privatrecht, Geltung erlangte. Nicht freilich konnten Eingang finden verschiedene Strafarten des römischen Rechts, für welche, wie insbesondere für die Zwangsarbeit, die Vorbedingungen fehlten; wohl aber wurden die generelleren Delictsbegriffe des römischen Rechtes zur Ergänzung der lückenhaften Vorschriften des einheimischen Rechtes benutzt, und was die allgemeinen strafrechtlichen Lehren betrifft, so hat sich aus der Verbindung römisch-rechtlicher und deutschrechtlicher Anschauungen zum Theil sogar eine Fortbildung beider zu einer höheren Stufe ergeben, wie dies insbesondere in der Lehre vom Versuche (vgl. unten) der Fall war.

6) Dabei hat es schon im Mittelalter, wenigstens in Italien, nicht an einer wissenschaftlichen Bearbeitung des Strafrechtes gemangelt[39]), die sich an die Bearbeitung des römischen Rechtes anschloß, vielfach aber auch das neuere Recht, und zwar theils das Herkommen, theils das Statutar-

39) Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter 2. Auflage Bd. 5 u. 6; Biener, Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprocesses S. 78 ff.; Seeger, Gerichtssaal 1872 S. 206 ff.

recht heranzog. Und zwar sind in dieser Beziehung zunächst einige hervorragende Civilisten (wie Bartolus und Baldus) sowie Canonisten (wie Durantis und Johannes Andreae) zu nennen, sodann aber besondere Criminalisten [40]), von denen Albertus de Gandino (Gandinus), Jacobus de Belvisio, Angelus Aretinus noch dem Mittelalter selbst angehören, wogegen Aegidius Bossius (gest. 1546), Hippolytus de Marsiliis (gest. 1529), Julius Clarus (gest. 1575), Decianus, Menochius (gest. 1600) und Farinacius (gest. 1613) schon in das sechszehnte Jahrhundert hinübergreifen. Durch Uebersichtlichkeit der Darstellung ist besonders Julius Clarus ausgezeichnet, den größten Umfang zeigt das Werk des Farinacius, der nicht nur das Meiste seiner Vorgänger, sondern auch massenhafte Entscheidungen (hauptsächlich aus der römischen Praxis) aufnahm [41]).

7) Diese Schriften sind es, welche auch in Deutschland vielfach benutzt wurden, bis nach und nach auch hier eine im eigentlichen Sinne wissenschaftliche Litteratur heranwuchs. Vorläufig aber wurden in Deutschland selbst nur solche Schriften verfaßt, welche sich die unmittelbare Verwerthung der fremden Rechte (des römischen und canonischen Rechts) für die Zwecke der Rechtsanwendung zur Aufgabe setzten, in welcher Hinsicht hauptsächlich der im 15. Jahrhundert sehr verbreitete (und 1516 von Sebastian Brandt neu herausgegebene) Klagspiegel sowie der 1509 erschienene Laienspiegel (verfaßt von dem Rathschreiber zu Nördlingen Ulrich Tengler) zu nennen sind, welcher letztere ebenfalls lange Zeit die Praxis beherrscht hat [42]).

8) Aehnlich wie in Deutschland war die Rechtsentwick-

40) Die erste besondere Schrift über Strafrecht verfaßte Roland de Romanciis († 1284) „de ordine maleficiorum".

41) Aegidius Bossius war Senator zu Mailand; Hippolytus Richter in verschiedenen ital Städten und Professor in Bologna; Julius Clarus Rath Philipp's II (sein Werk: Sententiae receptae sive practica criminalis); Farinacius (oder Farinaccius) päpstlicher Fiscal zu Rom.

42) Vgl. Stintzing, Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts S. 386 ff., Geschichte der Rechtswissenschaft I S. 43 ff., 77 ff.

lung in England[43]) und Frankreich[44]), wo ebenfalls das Bußsystem allmählich durch Leibes- und Lebensstrafen verdrängt wurde, nur daß sowohl in England wie in Frankreich eine größere Einheit der strafrechtlichen Entwicklung festgehalten wurde, als dies in Deutschland der Fall war. Und auch in den skandinavischen Ländern (Dänemark, Schweden und Norwegen) war der Entwicklungsgang der, daß an die Stelle der Friedlosigkeit und der Bußzahlungen unter besonders entschiedener Einwirkung biblischer Vorstellungen, mehr und mehr Leibes- und Lebensstrafen gesetzt wurden.

§. 10 (10, 11).

Das Strafrecht der neueren Zeit[1]).

1) Schon gegen Ende des Mittelalters waren die deutschen Verhältnisse stark zersplittert und zerfahren. Bekannt aber sind die Versuche, welche noch in letzter Stunde zum Zwecke

43) Stephen, history of the crim. law of England 3 Bde London 1883.

44) Chauveau et Hélie, théorie du code pénal Bd. I; Stein, Gesch. des französischen Strafrechts (in Warnkönig und Stein französ. Rechtsgesch.) Basel 1846.

1) Wächter, gemeines Recht Deutschlands, insbes. gemeines deutsches Strafrecht, Leipzig 1844; Stölzel, Geschichte des gelehrten Richterthums I S. 47 ff., 635 ff.; Stintzing, Geschichte der Rechtswissenschaft I S. 573 ff., 630 ff.; Abegg, Versuch einer Geschichte des Strafrechts der preuß. Lande, Berlin 1845; Schletter, die Constistutionen des Kurfürsten August von Sachsen Leipzig 1857; Hälschner, Geschichte des brandenburgisch-preußischen Strafrechts S. 57 ff.; Lipowsky, Gesch. des bayerischen Criminalrechts München 1803; Levita, Gerichtssaal 1860 S 438 ff.; Seeger, consilia Tubingensia Tübingen 1877; Rhamm, die betrüglichen Goldmacher am Hofe des Herzogs Julius Wolffenbüttel 1883; K. Oppenhoff, die Strafrechtspflege des Schöffenstuhls zu Aachen, Aachen 1884 (S. A. aus der Zeitschr. des Aach. Geschichtsvereins); Franklin, die freien Herrn und Grafen von Zimmern, Freib. und Tüb. 1884 S. 123 ff.; Loening, Zeitschrift für Strafr. v. 1883 S. 262 ff.; Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz Würzburg 1883; Nachtrag dazu 1884.

der Zusammenfassung der immer mehr aus einander strebenden Theile des deutschen Reiches gemacht wurden. Bekannt insbesondere der sog. ewige Landfrieden und die Einsetzung des Reichskammergerichts, die im Jahre 1495 zu Stande kamen, sowie die Bestrebungen, welche zu Anfang des 16. Jahrhunderts zur (vorübergehenden) Einsetzung eines des sog. Reichsregiments und zur Festsetzung der sog. Kreiseintheilung des Reichs geführt haben. Bekannt aber auch ist, wie diese Bestrebungen zum großen Theil scheiterten, bzw. nur zu nothdürftigen Einrichtungen führten, und insbesondere wie wenig schon damals an eine umfassende einheitliche Gesetzgebung gedacht werden konnte. Was aber auf dem Gebiete des Privatrechts und des Civilprocesses theils unmöglich war, theils nur bruchstücksweise (vgl. die Ordnungen des Reichskammergerichts und die auf dessen Verfahren bezüglichen sonstigen Reichsabschiede) zu Stande kam, ist damals auf dem Gebiete des Strafrechts und Strafprocesses wirklich in's Leben geführt worden, wobei es im Einzelnen folgendermaßen zuging.

a) Zur Verbesserung des unleidlichen Rechtszustandes waren in einer Anzahl von deutschen Gebieten damals neue oder verbesserte „Landrechte“, „Landgerichtsordnungen“ und „Stadtrechte“ erlassen, unter denen besonders der sog. Wormser Reformation von 1498 Bedeutung auch für das Strafrecht zukommt[2]). Vor Allem aber sind hier die besonderen Strafgesetzgebungen zu nennen, welche um diese Zeit in einigen Gebieten hervortraten, wie dies mit der Tiroler Malefizordnung von 1499, der Radolphzeller Halsgerichtsordnung von 1506, der Laibacher Malefizordnung von 1514 und der niederösterreichischen Landgerichtsordnung von 1514[3]), insbesondere aber mit der Halsgerichtsordnung für das Fürstbisthum Bamberg von 1507 der Fall war.

2) Vgl. außerdem noch das bayerische Landrecht von 1512 und das Freiburger Stadtrecht von 1520. Die Nürnberger Reformation von 1497 enthält kein Strafrecht, wohl aber die Wormser Reformation, die dabei viel römisches Recht aufnimmt und den Klagspiegel benutzt hat.

3) Vgl. Wahlberg, die Maximilianischen Halsgerichtsordnungen (Schriften II S. 86 ff.).

b) Verfaßt war dieselbe von **Johann zu Schwarzenberg**[4], der, von 1501—1522 oberster Beamter („Landhofmeister") des Bischofs von Bamberg, später (1522—1524) im sog. Reichsregiment eine einflußreiche Stellung erlangte, hervorragend thätig für die Reformation auftrat und zugleich durch seine volksthümlichen Schriften bekannt wurde[5]. Nicht zu bezweifeln ist, daß er, obwohl kein eigentlich gelehrter Mann, Verfasser der „Bambergensis" und nicht bloß Veranlasser derselben gewesen ist. Außer im Fürstbisthum Bamberg ist dieselbe auch in den fränkischen Fürstenthümern des brandenburgischen Hauses (1516) eingeführt worden.

c) Nachdem aber[6] auch das Reichskammergericht über den regellosen Zustand der Strafrechtspflege Klage erhoben und in Folge dessen der Reichstag zu Freiburg 1498 vorzugehen beschlossen hatte, wurde endlich im Jahre 1521 auf dem berühmten Reichstag zu Worms eine Verbesserung des Strafrechts von Rechtswegen in Angriff genommen. Und zwar wurde einem hierzu ernannten Ausschuß die Bambergensis als

4) E. Hermann, Johann Freiherr zu Schwarzenberg Leipzig 1851; Stintzing, Geschichte der d. Rechtsw. I S. 612 ff.; Weissel, Hans Freiherr von Schwarzenberg Grünberg 1878.

5) Sein vollständiger Name war Johann Freiherr zu Schwarzenberg und Hohenlandsberg. Aus einem ritterbürtigen Geschlecht in Franken, war er von großer Leibeskraft, nach stürmischer Jugend von ernster Gesinnung, festem Willen und klarem Verstande. Den Kaiser Maximilian begleitete er auf mehreren Kriegszügen und half persönlich den Landfrieden im Bambergischen aufrechterhalten. Ueber seine Stellung im Reichsregiment vgl. Ranke, deutsche Geschichte II S. 413 (3. Ausg.); über seine Schriften (Umarbeitungen von Schriften Cicero's; wider das Zutrinken; wider das Mordlaster des Raubens; Memorial der Tugend; Kuttenschlag; Beschwörung teuflischer Schlangen mit dem göttlichen Wort) vgl. Gervinus, Geschichte der deutschen Dichtung 4. Ausg. II S. 413. Zuletzt war er in brandenburgischen Diensten und als Gesandter ein Jahr lang in Königsberg, wo neuerdings ein aus jener Zeit herrührender Entwurf der Carolina gefunden wurde.

6) Malblanc, Geschichte der peinlichen Gerichtsordnung, Nürnberg 1783; Wächter, ad historiam Carolinae I Lipsiae 1835, gemeines Recht Deutschlands S. 19 ff., Beilagen S. 100 ff., 122 ff.; Abegg, Archiv 1854 S. 439 ff.; Güterbock, Entstehungsgeschichte der Carolina Würzburg 1876; Stintzing, Geschichte der Rechtswiss. I S. 607 ff.

Vorlage (Entwurf I von 1521) zugewiesen [7]) und dieselbe unter Mitwirkung Schwarzenbergs in Nürnberg berathen (Entwurf II von 1524). Doch gerieth die Sache in's Stocken, bis endlich (Entwurf III von 1529, Entwurf IV von 1530) auf dem Reichstag zu Regensburg das Gesetz als „peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl's V und des heiligen römischen Reichs" (P.G.O.) verkündigt werden konnte.

d) Dieselbe [8]), auch Constitutio criminalis Carolina (C. C. C.) oder Carolina genannt, voll Kraft und Anschaulichkeit in der Sprache, ist wesentlich Strafproceßordnung, wobei die Vorschriften über die einzelnen Delicte nur (bei der Lehre vom Urtheil) eingeschaltet werden und die allgemeinen Lehren theils bei den einzelnen Delicten erörtert, theils an den Schluß derselben gestellt sind. Dabei beschränkt sie sich auf die peinlichen im Gegensatz zu den bloß bürgerlich strafbaren Fällen, will aber auch in Beziehung auf diese kein ausschließendes Gesetzbuch sein, vielmehr wird von ihr zur Ergänzung theils auf die sonstigen „kaiserlichen Rechte" (insbesondere das römische Recht), theils auf die analoge Anwendung (Art. 105) verwiesen.

e) Die Hauptbedeutung der Carolina ist aber die, daß von ihr nunmehr völliger Ernst mit der öffentlich-rechtlichen Auffassung des Delictes gemacht und insbesondere (Art. 218) jedes Abkaufen der öffentlichen Strafe [9]) streng untersagt wird. Die Strafen freilich, welche die Carolina verhängt, sind fast

7) Benutzt wurde eine Ausgabe der Bamb. von 1510 und außerdem das inzwischen erlassene Bambergische sog. Correctorium, welches u. A. Vorschriften über die gerichtliche Leichenschau aufnahm (worüber Hohbach und Geib im Archiv 1844 u. 1845).

8) Die älteste bekannte Ausgabe ist von Ivo Schöffer zu Mainz 1533. Vgl. Güterbock S. 199 ff. Die vergleichsweise beste Ausgabe ist von Zöpfl, die peinliche Gerichtsordnung nebst der Bambergischen und Brandenburgischen Halsgerichtsordnung und den Projecten von 1521 und 1529, 3. Ausgabe, Leipzig 1883. Von demselben auch eine Textausgabe der Carolina allein. Zur Textkritik der Carolina vgl Güterbock S. 221 ff. Eine Worterklärung bietet Walch, glossarium interpretationi Carolinae inserviens Jena 1790.

9) Das freilich landesrechtlich, z. B. in Schlesien, in der Schweiz, noch viel später vorkommt.

ausschließlich Lebens- und Leibesstrafen, die in den verschiedensten Arten zur Anwendung gelangen [10]) und neben denen fast nur noch Landesverweisung (mit oder ohne körperliche Züchtigung, bzw. Ausstellung am Pranger) und die sog. Verstrickung vorkommt [11]). Hierin, sowie auch in der Behandlung der Religions- und Sittlichkeitsdelicte, zeigt sich nicht bloß eine besondere Strenge, sondern auch eine besondere Art religiösen Eifers, die, durch alttestamentliche Vorschriften beeinflußt, den Standpunct der weltlichen und der göttlichen Gerechtigkeit verwechselt [12]). Doch bewirkte die reformatorische Bewegung, daß aus der Carolina selbst die noch in der Bambergensis enthaltene Strafbestimmung gegen Ketzerei [13]) wegblieb.

f) Als Quellen der Carolina oder vielmehr der Bambergensis [14]) erscheinen weniger einzelne Vorlagen, als die damalige Rechtsprechung und Landesgesetzgebung überhaupt, verbunden mit derjenigen Rechtslehre, wie sie sich in Italien ausgebildet hatte und in Deutschland verbreitet war [15]).

10) Es findet sich Enthaupten, Rädern, Hängen, Ertränken, Verbrennen, Lebendigbegraben, Pfählen und Viertheilen; von verstümmelnden Strafen Verlust der Finger, der Zunge, der Ohren und selbst — Ausstechen der Augen.

11) Einschließung findet sich (abgesehen von Untersuchungs- und Sicherungshaft) nur in zwei geringeren Fällen (Art. 157, 216); erwähnt wird aber auch (Art. 10, 101) das ewige Gefängniß. In einem Falle ist es (unter Einwirkung des römischen Rechtes) bei der Privatstrafe geblieben.

12) Vgl. v. Bar, Handbuch des Strafrechts I S. 123. Dennoch zeigt der Geist der Carolina gerade auch in diesem religiösen Eifer eine gewisse Verwandtschaft mit dem Geist der Reformation, was v. Bar (S. 129) gegen Güterbock bestreitet.

13) Ebenso wie die über das crimen majestatis.

14) Brunnenmeister, die Quellen der Bambergensis, Leipzig 1879.

15) Nach Brunnenmeister haben eingewirkt das Bamberger Stadtrecht und die Bambergische Landgerichtsordnung von 1503, ferner die Nürnberger und die Wormser Reformation und der Klagspiegel, mehr aber als diese deutschen Quellen die Italiener. In letzterer Beziehung zustimmend v. Bar, Handb. I S. 117 f.; anderer Meinung

2) Wenden wir uns aber zu dem strafrechtlichen Zustand, wie er in Deutschland nach der Carolina bestand, so war

a) durch dieselbe keineswegs wirkliche Einheit in die deutsche Rechtsprechung gebracht worden; vielmehr finden wir, entsprechend der in die „Vorrede" der Carolina schließlich aufgenommenen sog. salvatorischen Clausel [16]), daß in vielen Gebieten die Carolina theils überhaupt nicht befolgt, theils (abgesehen von Einzelgesetzen) durch umfassende Gesetze ersetzt wurde [17]). An anderen Orten [18]) freilich ist die Carolina (wie theilweise schon die Bambergensis und die Entwürfe der Carolina) sofort von selber befolgt, bzw. durch landesherrliche

Loening, Zeitschrift für Strafrechtswiss. 1883 S. 475; v. Liszt, Lehrbuch S. 41. — Ueber das religiöse Element in der Carolina Abegg, Archiv 1852.

16) Dieselbe lautet: „Doch wollen wir durch diese gnedige erinnerung Churfürsten, Fürsten und Ständen an ihren alten wohlherbrachten rechtmäßigen und billigen gebräuchen nichts benommen haben". Umgekehrt der Entwurf von 1529, der das Landesrecht nur insoweit hatte bestehen lassen wollen, als die Carolina dies ausdrücklich bestimmte, wogegen aber protestirt wurde. Uebrigens konnte die salvat. Clausel nicht auch gegenüber den zwingenden Vorschriften der Carolina (besonders Art. 104, 218) gemeint sein; auch bezog sie sich zunächst nur auf bestehende Gebräuche (Güterbock S. 196 ff), wurde dann aber auch auf künftige Vorschriften bezogen.

17) Vgl. die neue Tiroler Malefizordnung von 1532 und 1573, die sog. Hassiaca von 1535 (sachlich übrigens fast ganz die Carolina), die Henneberger Landesordnung von 1539, die Landesordnung für Krain von 1535, für Niederösterreich von 1540, für Oberösterreich von 1559, für Kärnthen von 1577, die kursächsischen Konstitutionen von 1572 nebst den sächsischen Decisionen von 1661, die Frankfurter Reformation von 1578, die neue Bambergische Hals-G.O. von 1580, das kurpfälzische Landrecht von 1582, das Landrecht von Baden-Baden von 1588, die bayerische Malefizordnung von 1616, die Hals-G.O. für Niederösterreich von 1656, für Oberösterreich von 1675, für Böhmen, Mähren und Schlesien von 1707.

18) So in Kurköln, wo 1538, in Kurbrandenburg, wo 1540, in Württemberg, wo 1551, in Braunschweig-Wolffenbüttel und Braunschweig-Lüneburg, wo 1564, in Pommern, wo 1566 Anweisungen zur Befolgung der Carolina ergingen (in Württemberg durch Bestätigung des Tübinger Vertrages und in demselben Jahre durch Anweisung an die Gerichte).

Anordnung zur Anwendung empfohlen worden. Ueberall aber wurde sie mit der Zeit, gerade wie das römische Recht (und ganz im Gegensatz zu dem heutigen St.G.B.) nur als subsidiär gemeines Recht behandelt, d. h. nur insoweit zur Anwendung gebracht, als in dem betreffenden Gebiete nichts Anderes bestimmt war.

b) Als Quelle dieses gemeinen Rechtes wurden neben der Carolina theils die sonstigen Reichsgesetze[19]), theils das römische und canonische Recht nebst dem gemeinrechtlichen Gerichtsgebrauch betrachtet, und auf Grund dieser Quellen bildete sich eine gemeinrechtliche Lehre, die, dem gesucht gelehrten Zuge der Zeit und der romanisirenden Richtung des Privatrechts entsprechend[20]), sich mit Vorliebe an das römische Recht und an die italienischen Juristen anschloß, sodaß die Carolina vielfach vernachlässigt[21]) und ihre deutschrechtlichen Vorschriften in den Hintergrund gedrängt wurden.

c) Nicht aber hat diese gelehrte Richtung gehindert, daß gerade in dieser Zeit die größte Grausamkeit, die größte Willkür und der größte Aberglauben die Strafrechtspflege beherrschten: Grausamkeit insofern, als die blutigen Strafen der Carolina vielfach schonungslos zur Anwendung gebracht, ja neben ihnen noch andere und qualvollere Strafen entdeckt oder her-

19) Aus der Zeit vor der Carolina die Goldene Bulle (1356), der ewige Landfrieden von 1495 und die Reichspolizeiordnung von 1530; aus der Zeit nach der Carolina wesentlich nur die Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577, die Reichs-Reuterbestallung von 1570 und das Reichsmünzedict von 1759. Ein 1668 beabsichtigtes Reichsgesetz gegen den Zweikampf kam nicht zu Stande.

20) Es ist die Zeit, in welcher nicht nur die höheren, sondern nach und nach auch die Untergerichte mit studirten Richtern besetzt und auf den Universitäten besondere Lehrstühle für Strafrecht errichtet wurden.

21) Wissenschaftlich hoffähig zu machen suchte man die Carolina durch das lateinische Gewand, das ihr durch die Uebersetzung von Gobler (1543) und die Paraphrase von Remus (Nemesis Karulina 1594) angelegt wurde. Vgl Abegg, Gobleri interpretatio et Remi nemesis Heidelberg 1837.

vorgeholt[22]; Willkür insofern, als von den Landesherrn die regellosesten Gelegenheitsgesetze von zum Theil unglaublichem Inhalt gegeben wurden[23], sowie insofern, als die Rechtspflege selbst sich gerade bei den schwersten Delicten die willkürlichsten Ausnahmen erlaubte[24]; und endlich Aberglauben insofern, als gerade dies die Zeit ist, in welcher die Processe gegen Hexen und Zauberer[25], die schon im Alterthum und im Mittelalter mannigfach vorgekommen waren, die größte Ausdehnung erlangten[26], und zwar ebenso in protestantischen,

22) Vgl. z. B. die Strafe des Kindesmords, die mehrfach in der Form der alten poena culei, statt des von der Carolina vorgeschriebenen einfachen Ertränkens vollstreckt wurde.

23) Uebrigens auch ganz brauchbare und nothwendige Vorschriften, so über Wilddiebstahl und Hausdiebstahl, über Unzuchtsvergehen, Bankerott und Fälschung, über den Zweikampf (Duellmandate, Duelledicte) u. s. w. Zum Theil aber Bestimmungen, die als Ausflüsse despotischer Laune erscheinen, so wenn auf Wilddiebstahl ewige Karrenstrafe, auf den Zweikampf Todesstrafe und auf vorschriftswidrige Gnadengesuche — der Galgen gesetzt wird.

24) Es war dies die Theorie von den sog. delicta excepta, zu denen hauptsächlich das crimen majestatis (divinae und humanae) gehörte und bei welchen die Richter sich, wie von den Vorschriften des Strafprocesses, so von denen des materiellen Strafrechts befreit hielten.

25) Vgl. Soldan, Geschichte der Hexenprocesse Stuttgart 1843, 2. Ausgabe von Heppe, Stuttgart 1880; Trummer, Vorträge Hamburg 1844; C. G. Wächter, Beiträge S. 81 ff. 279 ff.; Stintzing, Geschichte der Rechtswiss. I S. 641 ff.; Haas, Hexenprocesse Tübingen 1865; O. Wächter, Vehmgerichte u. Hexenprocesse Stuttgart 1882. — Von den überaus zahlreichen localen Untersuchungen vgl. u. A. v Raumer, märkische Forschungen 1841; Schreiber, die Hexenprocesse zu Freiburg i. B, Freiburg 1836; Völk, Hexen in der Landvogtei Ortenau und der Reichsstadt Offenburg, Lahr 1882; Weng, die Hexenprocesse in Nördlingen 1590—94 (das Ries, wie es war und ist, Heft 6 und 7, Nördlingen ohne Jahr); Niehues, zur Gechichte des Hexenglaubens im Fürstbisthum Münster, Münster 1875; Pfaff, Hexenprocesse in Esslingen (Zeitschrift für die Kulturgeschichte 1856); Rhamm, Hexenprocesse in den braunschweigischen Landen Wolfenbüttel 1882; Beck, württemb. Jahrbücher 1883 (Franken); Schilling, daselbst (Ulm); Sauter, die Hexerei mit Berücks. Oberschwabens Ulm 1884; Rosenblatt, Gerichtssaal 1882 S. 622 ff. (Polen).

26) Von unheilvollem Einflusse war die Bulle summis desiderantes

wie in katholischen Gegenden[27]), bis erst das Auftreten des Thomasius[28]) und die frischere Luft der Aufklärungszeit diesem Unwesen ein Ende machte[29]).

d) Doch wurden in manchen Fällen die harten Strafen der Carolina insofern gemildert, als statt der Todesstrafe nunmehr auf Landesverweisung[30]) erkannt wurde, eine

von 1484 und die Schrift der beiden Ketzerrichter Institor und Sprenger: der Malleus maleficarum oder sog. Hexenhammer von 1487. Auch del Rio, disquisitiones magicae 1599; Torreblanca, daemonologia 1615 u. A. — In Fulda sollen in 3 Jahren 285, in Bamberg in 5 Jahren 600, in Würzburg in 5 Jahren 900 verbrannt sein. — Als Bezeichnung für Hexe kommt auch striga, lamia, für Zauberer auch „Trutner“ (vgl. Drudenfuß) vor.

27) Der Kern des Hexenglaubens bestand in dem Glauben an ein Bündniss und die Vermischung mit dem Teufel (als incubus oder succubus), in den angeblichen Zusammenkünften und in dem angeblich gestifteten Schaden. Daß die Carolina (Art. 109) den Nachweis eines Schadens als wesentlich hinstellte, hat die Verbreitung nicht gehindert. Die ergreifendste Schilderung des Unglücks, das durch die Verfolgung über die Einzelnen und die Familien kam, siehe bei Weng, die Hexenprocesse in Nördlingen S. 32 ff.

28) Schon vor Thomasius sind Molitor (Ende des 15.), Agrippa von Nettesheim (Anfang des 16), Wierus (Mitte des 16.), Fridrich v. Spee (erste Hälfte des 17.) und Balthasar Bekker (Ende d. 17. Jahrhunderts) als Gegner der Hexenprocesse aufgetreten, und zwar waren es besonders die Schriften des Wierus (Leibarzt des Herzogs von Cleve, gestorben zu Tecklenburg), sowie die cautio criminalis (1631) des Jesuiten v. Spee (der in Bamberg und Würzburg den Gräuel anzusehen Gelegenheit gehabt hatte und erst nach seinem Tode als Verfasser bekannt wurde), welche die weiteste Verbreitung erlangten, aber auch die angeblich schlagendsten Widerlegungen erfuhren.

29) Die hierhin gehörenden Schriften des Thomasius sind: de crimine magiae Halle 1701, de origine et progressu processus contra sagas Halle 1712 (in demselb. Jahre auch deutsch). Auch hatte schon der grosse Kurfürst von Brandenburg nur auf Spinnhaus und Landesverweisung erkannt, während in Würzburg noch 1749, in Kempten und Ostrochow (russ. Polen) noch 1775, in Glarus noch 1783 und in Balve (Westfalen, vgl. Niehues) angeblich noch später eine Hinrichtung wegen Hexerei erfolgte.

30) Nicht selten mit Brandmarkung, die in der Weise erfolgte, daß dem Verbrecher das Wappenzeichen der Stadt oder des Gebietes auf

Strafe, die freilich, in Verein mit der immer größeren politischen Zersplitterung, nur zur Vermehrung der Rechtsunsicherheit beitrug und vor Allem die Bildung jener umherschweifenden Banden begünstigte, um deren Bekämpfung sich die Strafrechtspflege bis in dieses Jahrhundert hinein bemühte [31].

e) Und endlich kam auch diejenige Strafart zu häufigerer Anwendung, welche erst eine humanere und zweckmäßigere Strafrechtspflege ermöglichte, nämlich die Freiheitsstrafe [32], deren vollständigere Durchführung erst das Recht der Gegenwart kennzeichnet [33]. Doch ist das Aufkommen derselben nicht, wie regelmäßig geschieht, von der Verwendung der Arbeits- und Zuchthäuser zur Strafverbüßung, sondern von der Verurtheilung zur Zwangsarbeit zu rechnen, welche der soeben genannten Maßregel zeitlich voranging [34], nach Vorbild des römischen Rechts mehr und mehr Eingang in die Rechtspflege erlangte, und erst später, nach Errichtung von Strafanstalten, in die sonstige Freiheitsstrafe aufging. Dabei war verschieden, ob der Verurtheilte zu Zwangsarbeiten im Lande selbst verwendet oder an Auswärtige abgegeben wurde, wobei hauptsächlich die Verwendung zum auswärtigen Schiffs- und Kriegsdienst, insbesondere zum Galeerendienst italienischer Städte, vorkommt. Zahlreich waren die Verträge,

die Schulter gebrannt wurde (ein für die Rückfallspraxis bequemes Verfahren).

31) Vgl. Schäfer, Abriss des Gaunerthums in Schwaben Stuttgart 1793; Brill, Nachrichten von dem Raubgesindel in den Maingegenden Darmstadt 1814 f.; Pfister, Gesch. der Räuberbanden an den Ufern des Mains Heidelberg 1812; v. Grolman, Gesch. der Vogelsberger und Wetterauer Räuberbanden Giessen 1813; M. P., Räuberbanden in Oberschwaben Stuttgart 1866; Günthert, Erinnerungen eines Schwaben (Maler Pflug) Nördlingen 1844, 1847.

32) Freiheitsstrafe im engeren Sinne, da im weiteren Sinne auch Verbannung und Landesverweisung Freiheitsstrafe genannt werden können.

33) Doch hat es schon vorher und selbst im Mittelalter nicht an „Thurm“, „Eisen“, „Blockhaus“ u. dgl. zur Verbüssung geringerer Strafen (besonders in den Städten) gefehlt.

34) Vgl. die Verordnungen in den einzelnen Ländern, z. B. eine Württembergische Verordnung von 1617; ferner die vielfachen Verurtheilungen, durch welche, statt auf die nach der Carolina verwirkte Lebens- und Leibesstrafe, auf opus publicum erkannt wurde.

welche in dieser Beziehung [35]) abgeschlossen, und die Transporte, welche zu diesen Zwecken eingerichtet wurden. Und was die Zwangsarbeit im Innern betrifft, so wurde zwischen schwerer und leichter Zwangsarbeit unterschieden [36]). Erst später ist es zur Verwendung der Spinn- und Zuchthäuser zur Verbüßung von Freiheitsstrafen [37]), und noch später zur Errichtung besonderer Strafanstalten zum Zwecke der Verbüßung von Freiheitsstrafen in der Form der Einschließung gekommen [38]). Dabei wurde Art und Maß der Strafe oft dem richterlichen Ermessen, bezw. dem Ermessen der Verwaltung (Regierung) überlassen; vielfach wurde Freiheitsstrafe auf unbestimmte Zeit, bezw. „bis zur Besserung" erkannt, und erst allmählich wurde genauer zwischen verschiedenen Arten der Freiheitsstrafe unterschieden [39]).

35) Z. B mit Venedig und Genua; nicht selten kommt auch vor, daß auf „Dienst gegen die Franzosen" oder auf „Ablieferung in die Grenzhäuser" nach Ungarn (zum Dienst gegen die Türken) erkannt wird.

36) Vgl. den Festungsbau (Festungsstrafe im ältern Sinne), den Karrendienst sowie das Schiffsziehen auf der einen Seite und die Verwendung an öffentlichen Wegen, Gebäuden, Waldarbeiten auf der anderen Seite.

37) Zuchthäuser wurden 1588 zu Nürnberg, 1595 zu Amsterdam, 1613 zu Lübeck, 1615 zu Bern, 1618 zu Hamburg, 1662 zu Basel, 1710 zu Celle u. s w. errichtet. Dabei waren diese Zuchthäuser längere Zeit noch vorwiegend Arbeits-, Armen- und Kranken-, ja auch Irrenhäuser, die nur nebenbei zugleich zur Vollstreckung von (geringeren) Freiheitsstrafen benutzt wurden.

38) Vorbildlich waren dafür besonders die Strafanstalten in den Niederlanden, nach deren Muster im 18. Jahrhundert auch in den deutschen Ländern Strafanstalten eingerichtet wurden, die freilich noch vieles zu wünschen übrig ließen. Wo das Gebiet zu klein war, einigte man sich wohl zu gemeinsamen Anstalten (ebenso wie man sich früher zu gemeinsamen Ausweisungen geeinigt hatte), wie dies z. B. im schwäbischen Kreise mit den Zuchthäusern zu Pforzheim, Ravensburg, Buchloe und Oberdischingen der Fall war (letzteres unter dem Reichsgrafen Schenk von Kastell (dem sog. Malefizgrafen), der die Criminaljustiz für eine grössere Zahl von Gebieten übernommen hatte, sehr eigenmächtig vorging und später mit der württ. Regierung in Conflict kam; vgl. die oben [Anm. 31] angeführten „Erinnerungen").

39) Vgl. besonders das Josephinische StGB. von 1787, von welchem Anschmiedung, öffentliche Arbeit und drei Grade von Gefängniß unter-

f) Dabei war von einer wissenschaftlichen Bearbeitung des Strafrechts auch jetzt noch längere Zeit nur in geringem Maße die Rede, obwohl eine Reihe von Kommentaren zur Carolina und zu den libri terribiles erschien [40]), auch eine Reihe von systematischen Schriften über das Strafrecht in lateinischer, wie in deutscher Sprache verfaßt wurde [41]). Der Erste, der mit den italienischen Schriftstellern in Concurrenz trat, ist Benedict Carpzow, Mitglied der juristischen Facultät und des Schöffenstuhls zu Leipzig, dessen Practica nova rerum criminalium [42]) durch ihre gründliche Bearbeitung der gemeinrechtlichen Quellen in Verbindung mit einer genauen Berücksichtigung der (insbesondere sächsischen) strafrechtlichen Praxis bis in das 18. Jahrhundert den größten Einfluß geübt hat. Nach ihm [43]) waren es insbesondere Kress und Boehmer [44]),

schieden wurden. Im preussischen Landrecht von 1794 wurden Festungsarbeit, Zuchthaus, Strafarbeit, Gefängniß und Festungsarrest verwendet.

40) So die Kommentare von Musculus, Zieritz, Bullaeus, Manzius, sowie der schon oben (Seite 67) genannte Kommentar zu den libri terribiles von Matthaeus (Trajecti ad Rhenum 1644 und öfter).

41) So die lateinischen Schriften von Vigelius, Gilhausen, Harpprecht, Theodoricus, Hunnius, Berlich nebst der praxis rerum criminalium von Damhouder, Köln 1591; in deutscher Sprache: Perneder, Gobler, Chilian König, Rauchdorn, Dorneck u. Sawr, von denen König und Rauchdorn das sächsische, Sawr das hessische Landesrecht berücksichtigen.

42) Mit ihrem vollen Titel: Practica nova Imperialis Saxonica, wodurch angedeutet ist, daß Carpzow besondere Rücksicht auf die sächsische Gesetzgebung und Rechtspflege nahm, welche dadurch Einfluß im ganzen Reiche erlangte. Sie erschien 1638, zuletzt 1758. Eingetheilt ist sie in 3 Partes und 150 Quaestiones, die sich auf Strafrecht und Strafproceß gleichmäßig erstrecken. — Uebrigens stützt sich Carpzow vielfach auf seinen unmittelbaren Vorgänger Berlich.

43) Vgl. zunächst noch Oldekop, observationes ed. 2 1698 (Gegner Carpzow's); ferner die Kommentare zur Carolina von Blumlacher (1610) (nicht Blumbacher), Clasen (1683), Otto (1685), Fröhlich v. Fröhlichsburg, Ludovici (1707); endlich Berger, electa jurisprud., crim Leipzig 1706; Leyser, meditationes ad Pandectas 1717 ff. (auch zu den libri terribiles).

44) Kress, commentatio succincta in Carolinam Hannover 1721

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

welche durch ihre strafrechtlichen Schriften Ansehen erlangten, bis auch sie durch eine Reihe von andern Schriftstellern[45]) abgelöst wurden.

g) Immer weniger aber konnten die gemeinrechtlichen Quellen genügen; immer größer wurden die Abweichungen, welche sich die Rechtsprechung von den gemeinrechtlichen Quellen (hauptsächlich um Milderungen durchzuführen) gestattete[46]), und immer mehr regte sich der Geist der Kritik und der Speculation, der, wie auf anderen, so auch auf strafrechtlichem Gebiete die Zeit der Aufklärung beherrschte. So schon in den Schriften des Thomasius, der entschlossen (vgl. oben) den Hexenprocessen und der Folter zu Leibe ging. Später aber in den Schriften der Franzosen Montesquieu und Voltaire[47]), sowie der Italiener Beccaria und Filangieri[48]), die auch in Deutschland große Verbreitung erlang-

und öfter; J. S. Fr. de Boehmer, observationes ad Carpzovii practicam Francof. ad Viadrum 1759, meditationes in C. C. C. Halae Magd. 1770, elementa jurisprudentiae crim. 6. Aufl. Halle 1794.

45) Von Lehrbüchern erschienen Gärtner (1729), Kemmerich (1731), Engau (1733), Meister (der Aeltere 1755), (der Jüngere 1789, 7. Aufl. 1828), Koch (1758), Richter (1763), Püttmann (1799), Stelzer (1793), Salchow (1807), Dabelow (1807). Umfassendere Darstellungen: Quistorp, Grundsätze des peinlichen Rechts, Rostock und Leipzig 1796, 6. Ausg. 1810 ff.; Kleinschrod, systemat. Entwicklung, 3 Thle., Erlangen 1794 ff., 3. Ausg. 1805; Klein, Grundsätze des deutschen Rechts mit Bemerkung der preuss. Gesetze Halle 1799.

46) Als äusserer Anhalt dienten künstliche Auslegungen, durch welche der Thatbestand mancher Delicte eingeschränkt wurde; oder auch die Berufung auf L. 11 pr und L. 13 de poenis 48, 19, worauf das Recht zu beliebigen Strafmilderungen gestützt wurde. In Wahrheit war es aber eine gewohnheitsrechtliche Bildung, welche sich in dieser Verdrängung veralteter Gesetze aussprach.

47) Vgl. Montesquieu, de l'esprit des lois 1748; Voltaire, prix de la justice et de l'humanité 1778, wobei Voltaire seinen Antheil an der Verbesserung der Strafrechtspflege auch durch sein Eingreifen in bestimmte Strafprocesse (vor Allem den des Jean Calas) und seine Betheiligung an der Berner Preisaussetzung bewährte.

48) Vgl. Filangieri, scienza della legislazione Neapel 1780 ff. (deutsch Ansbach 1788, 2. Aufl.); Cesare Beccaria, dei delitti e delle pene (zuerst anonym Monaco 1764). Ueber Beccaria Rinaldini,

ten, und denen in Deutschland mannigfache ähnliche Untersuchungen, so von Wieland, v. Soden, Hommel, v. Sonnenfels u. A. gefolgt sind[49]. Diese Zeit ist es, in welcher nicht nur mit den Hexenprocessen und der Folter aufgeräumt wird, sondern auch Verstümmelung und Brandmarkung aus dem Strafverzeichniß verschwinden und in welcher zuerst auch ein glänzender Angriff auf die Todesstrafe erfolgt, unternommen von Beccaria, dessen Ausführung wesentlich dahin ging, daß bei der Begründung des Staatsvertrags der Einzelne zwar in seine eventuelle Bestrafung, nicht aber in seine eventuelle Vernichtung eingewilligt habe. Diese Zeit ferner ist es, in welcher das Wesen des Verbrechens, sowie Zweck und Rechtsgrund der Strafe zuerst im Zusammenhange untersucht und danach umfassende Vorschläge zur Verbesserung des Strafrechts gemacht werden. Dies freilich vielfach in dem (mit jener Vertragstheorie zusammenhängenden) Sinne, daß als Verbrechen nur die Verletzung oder Gefährdung des Einzelnen in Betracht komme und die Strafe vom Standpunkt äusserer Zweckmäßigkeit eingerichtet werden müsse. Diese Zeit also ist es, in welcher jener Streit der Strafrechtstheorieen besonders lebendig hervortritt, bei welchem es jenen Nützlichkeitstheorieen gegenüber aber auch nicht an der Hervorhebung des Vergeltungsgedankens (durch Kant) gefehlt hat.

3) Stark betont von allen diesen Schriftstellern wurde die Nothwendigkeit neuer und umfassender Gesetze[50]), insbesondere neuer Strafgesetze, denen vielfach nicht nur die Bestrafung begangener und die mittelbare Verhinderung neuer Delicte,

Wien 1865, v. Holtzendorff Strafrechtszeitung 1865 und 1867; Uebersetzung seiner Schrift Glaser, 2. Auflage Wien 1876.

49) Vgl. besonders Wieland, Geist der peinlichen Gesetze Leipzig 1783; v. Soden, Geist der deutschen Criminalgesetze Frankfurt 1792; Spaeter die in das Französische und Deutsche übertragenen Schriften des Engländers Bentham; ferner C. F. Zachariae, Anfangsgründe des philosophischen Criminalrechts Leipzig 1805; Oerstedt, Grundregeln der Strafgesetzgebung Kopenhagen 1818.

50) Voltaire: „voulez-vous avoir de bonnes lois? brûlez les vôtres et faites-en de nouvelles!"

sondern, in übertriebenem Eifer, die unmittelbare Verhinderung von Delicten zur Aufgabe gestellt wurde[51]). Da aber bei den erbärmlichen Zuständen im Reich die Hülfe nicht von diesem kommen konnte, wohl aber in den grössern Territorien immer klarer der moderne Staatsgedanke hervortrat, so sehen wir, wie seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts nach und nach eine Reihe von Landesgesetzgebungen[52]) hervortritt:

a) der Codex juris Bavarici criminalis von 1751, ein Theil der im Kurfürstenthum Bayern damals unternommenen allgemeineren, auch das Privatrecht umfassenden Gesetzgebung[53]), im Wesentlichen (so auch in der Behandlung der Religionsdelicte) noch auf dem älteren Standpunkt verharrend;

b) die Constitutio criminalis Theresiana von 1768[54]), bestimmt für die deutsch-österreichischen Länder, von welcher dasselbe zu sagen[55]);

c) das Strafgesetzbuch Joseph's II. von 1787[56]),

51) Vgl. die Menge von Entwürfen zu Strafgesetzbüchern, die in dieser Zeit erschienen, so von Quistorp, Pflaum, Kleinschrod. Ueber einen anonymen Entwurf v. Dalberg's siehe Abegg, Gerichtssaal 1863. — Eine besondere Anregung bot der 1777 in Bern ausgesetzte Preis, der verschiedene Abhandlungen hervorrief, besonders die preisgekrönte von v. Globig und Huster, von der Criminalgesetzgebung Zürich 1783, Zugaben Altenburg 1785. Ausserdem Gmelin, Grundsätze der Gesetzgebung über V. u. Strafen Tübingen 1785.

52) Vgl. Berner, die Strafgesetzgebung in Deutschland von 1751 bis zur Gegenwart Leipzig 1867. — Alle diese Gesetzgebungen (mit einer Ausnahme, siehe unter f) wollen ausschliessende Gesetzbücher sein, also das gemeine Recht völlig ersetzen.

53) Wie diese von v. Kreitmayr herrührend, der auch amtliche Anmerkungen zu demselben (München 1756) verfaßte.

54) Wahlberg, Schriften I S. 115 ff., Zeitschrift von Grünhut 1881 S. 254 ff.; v. Maßburg, zur Entstehungsgeschichte der Theresiana (mit besonderer Rücksicht auf das crimen magiae) Wien 1880.

55) Bezeichnend für sie ist, daß sie im Strafprocess die Folter beibehält, die in Preußen schon 1740 (im letzten Rest 1754) aufgehoben war. Bemerkenswerth ist eine gewisse romanisirende Tendenz derselben, die noch im heutigen österreichischen Strafrecht nachwirkt.

56) Wahlberg, Zeitschrift von Grünhut 1881 S. 266 ff. (Schriften III. S. 1 ff.); Rulf, Joseph II. als Reformator des Strafrechts Prag 1882. — Besonders bemerkenswerth ist die völlig andere Behandlung

welches zuerst die Freiheitsstrafe in größerem Umfange durchführte, mit der bisherigen Behandlung der Religionsdelicte völlig brach, übrigens auch manche verfrühte Neuerung, so die völlige, bald (1795) wieder rückgängig gemachte Abschaffung der Todesstrafe einführte;

d) das Strafrecht des preußischen allgemeinen Landrechts von 1794 (Theil II Titel 20)[57]), in einer großen Anzahl sehr sorgfältiger, aber zu casuistischer und mit polizeilichen Vorschriften[58]) vermischter Bestimmungen; besonders streng hinsichtlich der gegen den Staat sowie von Beamten begangenen Delicte[59]);

e) das österreichische Strafgesetzbuch von 1803[60]), eine Ueberarbeitung des josephinischen St.G.B., welche dasselbe zu ergänzen und seiner Einseitigkeiten zu entkleiden bestimmt war;

der Religionsdelicte; über die Arten der Freiheitsstrafe siehe oben; Brandmarkung und Pranger sind beibehalten.

57) Uebrigens hatte schon das „verbesserte preußische Landrecht" von 1721 eine Art Strafgesetzbuch enthalten, das aber auf die Provinz Preußen beschränkt war; die Criminal-Ordnung von 1717 enthielt nur Proceß, sollte aber durch ein St.G.B. ergänzt werden.

58) Vgl. die Vorbeugungsmittel in Beziehung auf den Kindesmord § 888 ff.: Achtgeben auf Schwangerschaft; Belehrung über dieselbe u.s.w.

59) Von Einfluß waren die Darstellungen von Klein und Koch (siehe oben). — Schon 1799 wurde ein neues Gesetz (Circularverordnung) über den Diebstahl erlassen. — Von Darstellungen vgl. Temme, Handbuch des preuß. Crim.r. Leipzig 1837; Wenzel, das preußische Strafrecht Breslau 1837. — Das Landrecht wurde nicht eingeführt in dem früher schwedischen Theil von Pommern sowie in dem rechtsrheinischen Theil des Regierungsbezirks Koblenz und (preußisch seit 1849) in Hechingen, wo gemeines Recht galt; ebenso im Bezirke des Appellationsgerichts Köln, wo französisches Recht galt, und ebensowenig in Sigmaringen (preußisch seit 1849), wo das badische St.G.B. eingeführt war.

60) Der Entwurf desselben war 1797 schon als St G.B. für Westgalizien eingeführt worden. Dasselbe sollte für alle Länder gelten mit Ausnahme Ungarns, des Hermanstädter Bezirks und der Militärgrenze. 1817 ist dasselbe auch im Fürstenthum Lichtenstein eingeführt worden. — Von Darstellungen vgl. Jenull (1808 f.), Waser (1839), Maucher (1844).

f) das badische Strafedict von 1803, welches aber nur das Strafrecht der verschiedenen badischen Landestheile in den Hauptpuncten auszugleichen und nicht das gemeine Recht völlig zu ersetzen bestimmt war.

4) Eine ähnliche Entwicklung wie das deutsche zeigte das ausländische Strafrecht dieser Zeit; nur daß

a) England und Frankreich vor der particulären Zersplitterung des deutschen Strafrechts bewahrt blieben, vielmehr in England eine große Zahl von Einzelgesetzen (Statuten) und in Frankreich die Ordonnance criminelle von 1670 und Einzelgesetze ergingen, durch welche das Strafrecht einheitlich fortgebildet wurde.

b) Nach Ländern getheilt dagegen war die Gesetzgebung in Italien, für welches hauptsächlich das Gesetzbuch Leopold's II. für Toscana von 1786 zu bemerken ist, das dem Josephinischen Gesetzbuch in der Abschaffung der Todesstrafe vorausging.

c) Ebenso getheilt war die Entwickelung in der Schweiz, in welcher auch nach der Trennung von Deutschland (1648) noch vielfach nach kaiserlichen Rechten erkannt wurde[61]) und Manches vom älteren deutschen Recht länger als in Deutschland selbst beibehalten wurde.

d) Deutsches Recht erhielt sich auch in den Niederlanden, nicht durch die Carolina, die in den Niederlanden kaum Eingang fand, wohl aber in den mannigfachen Lokalrechten (Statuten, Edicten, Placaten), sowie durch die Rechtsprechung, welche sich der deutschen anschloss.

e) Für Dänemark und Norwegen ist das Gesetzbuch Christoph V. von 1683, für Schweden ein St.G.B. von 1734 zu bemerken.

§. 11 (11).

Das Strafrecht der Gegenwart.

1) Ob nach der Auflösung des deutschen Reiches im Jahre 1806 noch von einem gemeinen Rechte die Rede sein könne, war bestritten. Während nämlich von der einen Seite be-

61) Vgl. Stooß, Strafgesetzbuch für Bern S. 11.

hauptet wurde, daß das alte gemeine Recht nur noch als Landesrecht fortlebe (in denjenigen Staaten, die noch keine vollständige Strafgesetzgebung hatten)[1]), wurde von anderer Seite betont, daß auch jetzt noch das gemeine Recht über den Landesgesetzgebungen fortdauere und wenn nicht zur Ergänzung, so doch zur Auslegung dieser Gesetzbücher benutzt werden könne[2]). Ja, es wurde gelehrt, daß in und mit den Landesstrafgesetzbüchern ein neues gemeines Recht zum Ausdruck gelange, von dem es aber nicht streitig sein konnte, daß dasselbe nur im materiellen, nicht auch im formellen Sinne gemeines Recht genannt werden könne.

2) Dennoch hat die deutsche Strafrechtswissenschaft nicht aufgehört, das deutsche Strafrecht als solches, in seinem Gesammtzustande, zum Gegenstand ihrer Bearbeitung und Darstellung zu machen, und zwar längere Zeit in der Art, daß nach wie vor das alte gemeine Recht dargestellt und nur die Abweichungen der neueren Gesetzgebungen hinzugefügt[3]), erst später in der Art, daß der Inhalt der neueren Gesetzgebungen in den Vordergrund gestellt wurde[4]). Dabei brachte es schon der Zustand der gemeinrechtlichen Quellen mit sich, daß die Darstellung eine mehr oder weniger geschichtliche sein mußte[5]), eine Richtung, die wesentlich verstärkt wurde durch

1) So Wächter, gemeines Recht Deutschland, insbesondere gemeines deutsches Strafrecht S 232 ff., Beilagen S. 144 ff.

2) So (richtiger) H. A. Zachariae, Staatsrecht. 3. Aufl. I. S. 4 ff.; Pfeiffer, das gemeine deutsche Strafrecht Tübingen 1858, 1860.

3) So die Meisten, von Grolmann und Feuerbach (zu Anfang des Jahrhunderts) bis zu Heffter und Marezoll (um die Mitte desselben.)

4) So vor Allem von Köstlin und Berner.

5) Vgl insbesondere die Untersuchungen Wächter's, der, nachdem Feuerbach die Geltung der gemeinrechtlichen Quellen betont hatte, den wahren Sinn der gemeinrechtlichen Quellen einschließlich ihrer von Feuerbach nicht beachteten Fortbildung durch den Gerichtsgebrauch festzustellen unternahm, wodurch allein die fortdauernde Anwendung der gemeinrechtlichen Quellen ermöglicht wurde — Außerdem die geschichtlichen Arbeiten von Biener, Gaupp, Zoepfl, Klenze, Abegg, Goeschen, v. Woringen, Zachariae, Luden, Geib, Hälschner. (Vgl. Loening, Zeitschrift für Strafrechtswiss. 1882 S. 347 f.)

die Lehre der historischen Schule, die nach den Befreiungskriegen in Deutschland auftrat (Savigny, Eichhorn) und von der die Hauptaufgabe der juristischen Darstellung in die geschichtliche Untersuchung gesetzt wurde. — Andererseits hatte derselbe Quellenzustand in seiner Zersplitterung eine wesentlich philosophische Behandlung zur Folge, die sich vorzugsweise an die Hegel'sche Philosophie anschloß[6]) und durch die man dem zersplitterten positiven Recht gegenüber eine ideale einheitliche Grundlage des Rechts zu gewinnen versuchte. Nur die in immer größerer Zahl auftauchenden Darstellungen des Landesrechts waren es, die überwiegend bei einer auf das geltende Recht beschränkten Methode stehen blieben[7]), wobei die meisten von ihnen sich überdies mit der Form des Kommentars begnügten und nur einige (siehe unten) auch das Landesstrafrecht in systematischer Form zu geben versuchten.

3) Wenden wir uns aber zu diesem Landesrecht selbst[8]), und zwar zunächst zu denjenigen Strafgesetzbüchern, welche dem preußischen St.G.B. von 1851 vorangingen, so ist

6) So schon Jarcke und Abegg; vor Allem aber Köstlin, Berner und Hälschner, von denen auch geschichtliche Untersuchungen angestellt wurden, die aber bei Köstlin allzusehr durch philosophische Constructionen durchsetzt sind.

7) Auch der akademische Unterricht schwankte zwischen einer mehr historischen und einer mehr philosophischen, mehr gemeinrechtlichen und mehr landesrechtlichen Methode. Meist suchte man die Darstellung des alten gemeinen Rechts mit ausgewählten Bemerkungen über die neueren Gesetzgebungen zu verbinden. Für Beschränkung auf das gemeine Recht und eine neuere Gesetzgebung (das besondere Landesrecht) war Wächter, dem sich Lueder (Gerichtssaal 1866 S. 432 ff.) anschloß; doch standen auch diesem Vorschlage Bedenken, u. A. die Rücksicht auf den einheitlichen Universitätsunterricht, entgegen.

8) Gemeinsam ist den betreffenden Gesetzgebungen, daß dieselben nicht mehr von der Regierung allein, sondern unter Mitwirkung einer Landesvertretung erlassen wurden, was zwar der Einheitlichkeit des Gesetzbuchs oft nachtheilig, dennoch aber insofern förderlich war, daß Willkür und Einseitigkeit vermieden wurde. Vgl. Stenglein, Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher München 1858; Häberlin, Grundsätze des Criminalrechts nach den deutschen Gesetzgebungen

a) an erster Stelle in dieser Beziehung nicht ein deutsches, sondern ein französisches Gesetzbuch, nämlich der Code pénal von 1810 zu nennen, durch den in Frankreich die Gesetzbücher der Revolutionszeit (von 1791 und 1795) ersetzt wurden, und der nicht nur vorübergehend auch in Deutschland Gültigkeit erlangte[9]), sondern nach 1815 in den deutschen Rheinprovinzen[10]) bestehen blieb. Hervorragend durch Klarheit und Bestimmtheit seiner Vorschriften, sowie durch Berücksichtigung des neueren Rechtslebens, enthielt dies Gesetzbuch zugleich manche schroffe und einseitige Vorschrift, was insbesondere bei den Strafen und in der Behandlung der Staatsdelicte hervortrat. Abgeändert und ergänzt durch Gesetze von 1832 (mildernde Umstände), 1863 u.s.w., hat der Code pénal großen Einfluss auf die nachfolgende, nicht bloß deutsche Strafgesetzgebung geübt;

b) das bayerische St.G.B. von 1813, das in der Hauptsache auf einem Entwurf Feuerbach's[11]) beruhte und manche mit dessen Theorie zusammenhängende Einseitigkeiten aufweist[12]), durch seine formellen Vorzüge aber ebenfalls als Vorbild für die folgenden Strafgesetzbücher gedient hat[13]).

4 Bde Leipzig 1845 ff.; Mittermaier, die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung Heidelberg 1841, 1843; Berner, die Strafgesetzgebung seit 1751 S. 51 ff.; Binding, die gemeinen deutschen Strafgesetzbücher S. 4 ff.

9) nämlich im Königreich Westfalen, im Großherzogthum Berg und in dem eine Zeit lang mit Frankreich vereinigten nordwestlichen Deutschland, wohin selbst Hamburg und Bremen gehörten. Vgl. Schumacher, der erste Schwurgerichtshof in Bremen, Bremen 1864 (mit Mittheilungen aus der Rechtspflege von 1810 – 1813).

10) In Rheinhessen bis 1841, in Rheinpreußen bis 1851, in Rheinbayern bis 1861, d. h. bis zur Einführung des betreffenden Landesgesetzbuchs.

11) Kleinschrod, Entwurf München 1802 (im Wesentlichen auf dem Boden des preußischen Landrechts); Feuerbach, Kritik des Kleinschrod'schen Entwurfs Giessen 1804 Dann Feuerbach's Entwurf selbst (1808 f.), der aber mehrfachen Abänderungen theils in der Kommission, theils im „Geheimenrath“ unterzogen wurde.

12) So in der Lehre vom Vorsatz und der Strafzumessung.

13) Auch zu diesem Gesetzbuch (vgl. oben Anm. 53) erschienen officielle Anmerkungen (von Feuerbach's Gegner Gönner verfaßt);

c) Es folgten, zum Theil erst nach längeren Verhandlungen, das sächsische Strafgesetzbuch von 1838[14]), das sich von den Einseitigkeiten des bayerischen St.G.B. von 1813 loszumachen suchte; das württembergische Strafgesetzbuch von 1839[15]), bei welchem dasselbe Bestreben hervortritt und in welchem sich manche auch jetzt noch beachtenswerthe Vorschrift findet; das hannoversche Strafgesetzbuch von 1840, das in manche Einseitigkeit des bayerischen zurückfiel[16]); das braunschweigische Strafgesetzbuch von 1840[17]), das in

andere Kommentare wurden verboten. In der That erst Rottmann, bayerisches Strafrecht 1851. Bald aber folgten nicht nur Novellen, sondern auch Entwürfe zu einem neuen Gesetzbuch (1820, 1822, 1827, 1831). Wesentliche Aenderungen ergingen 1848. — Fast unverändert aufgenommen war das Gesetzbuch 1814 in Oldenburg.

14) Entwürfe von 1811, 1824, 1836; längere ständische Verhandlung, Bericht des Prinzen Johann (späteren Königs) in der 1. Kammer. Ueber den letzten Entwurf Herrmann, Leipzig 1836. Bearbeitungen von Groß, Krug, Schaffrath, Weiß. Eingeführt wurde das Gesetzbuch 1839 in Weimar, 1841 in Altenburg, 1844 in Meiningen, 1845 in Schwarzburg-Sondershausen.

15) Ueber das ältere württ. Strafrecht vgl. Knapp, Stuttgart 1828 f. Entwürfe von 1823, 1832, 1835. Ueber die ständischen Verhandlungen, bei welchen Wächter mitwirkte, vgl. Hohbach und Wächter im Archiv des Criminalrechts 1838 und 1839. Abänderungen hauptsächlich 1849, durch welche die Vorschriften über Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Theilnahme (letztere im Anschluß an das französische Recht) geändert wurden. Kommentare von Hufnagel (Stuttgart 1840 ff.) und Hepp (unvollendet, Tübingen 1839 ff.) — Im December 1869 trat eine Kommission zur Berathung eines neuen St.G.B. zusammen, von welcher der Entwurf des norddeutschen St.G.B. „als Leitfaden" genommen wurde.

16) Entwürfe von 1825 und 1830, worüber Bauer, Göttingen 1831. Ständische Verhandlungen 1833—1838. Novellen von 1857, 1859 (erst jetzt Aufhebung der geschärften Todesstrafe). Kommentar von Leonhardt, Hannover 1846, 1851; v. Bothmer, Erörterungen Hannover 1842 ff.

17) Entwurf von 1839, Verhandlungen 1840; bemerkenswerthe Motive. Kommentar von Breymann, Braunschweig 1840. — 1843 wurde das Gesetzbuch im Fürstenthum Lippe (Lippe-Detmold) eingeführt.

freierer, sowie das hessen-darmstädtische Strafgesetzbuch von 1841[18]), das in behutsamerer Weise eine selbständige Fortbildung das Strafrechts versuchte; das badische Strafgesetzbuch von 1845[19]), in Einzelnen Punkten noch zu doctrinär gehalten, und endlich das sog. thüringische Strafgesetzbuch von 1850[20]), das sich als eine Ueberarbeitung des sächsischen von 1838 darstellt.

4) Daneben gingen die Vorarbeiten in Preußen, wo schon 1805 an eine neue Strafgesetzgebung gedacht war[21]) und in der Zeit von 1826 bis 1851 eine Reihe von Entwürfen erschienen[22]), die auf die Gesetzgebung der andern Staaten bedeutenden Einfluss übten, in Preußen selbst aber erst im

18) Entwürfe von 1824, 1831, 1836, 1839; Verhandlungen 1839 und 1840. Aenderungen 1849. Kommentar von Breidenbach, Darmstadt 1842 ff.; Bopp, Handbuch 2. Aufl. Gießen 1854 – 1849 wurde das G.B. in Nassau, 1856 in Frankfurt a. M., 1857 in Hessen-Homburg eingeführt.

19) Entwürfe von 1836 und 1839, Verhandlungen bis 1844; Gesetzeskraft (in Sigmaringen schon 1848, in Baden selbst) erst 1851. Kommentare von Thilo (1845), Puchelt (1856 ff.)

20) Entwurf 1849; Einführung in den thüringischen Staaten 1850 und 1852 (Reuss ä. L. erst 1868), außerdem in Anhalt-Dessau mit Köthen 1850, Anhalt-Bernburg (vgl. unten) 1864. – Wächter, das sächsische und das thüringische St.G.B. (unvollendet) Stuttgart 1857.

21) Vgl. den Titel der Criminalordnung: „Allgemeines Criminalrecht erster Theil".

22) Entwürfe von 1830, 1833, 1836, 1843, 1845. 1846, 1847, 1850. Besonders bedeutsam ist die Revision des Entwurfs von 1843 (Berlin 1845), bei welcher Savigny (als Gesetzgebungsminister) mitwirkte. Ständische Verhandlungen fanden statt Seitens der Provinzialstände, 1847 Seitens des sogen. Vereinigten Landtags (herausgegeben von Bleich, Berlin 1848), 1850 und 1851 Seitens der inzwischen eingesetzten Kammern. Mit dem Entwurf von 1847 beginnt der Einfluß der rheinischen Juristen und damit des französischen Rechtes. Novellen ergingen 1852, 1853, 1854, 1856, 1859, deren Inhalt dem G.B. selbst eingefügt wurde; neue Ausgabe des St.G.B. 1859. Goltdammer, Materialien zum St.G.B. 2 Bde., Berlin 1851 f; Kommentare von Beseler (1851), Oppenhoff (6. Aufl. 1869). Ferner Temme, Glossen 1852, Lehrbuch 1853; Berner, Grundsätze 1861; Hälschner, System des preußischen Strafrechts 2 Bde. 1858, 1868 (unvollendet).

Jahre 1851 zum Ziele führten. Das endliche Ergebniß war das St.G.B. vom 14. April 1851, das im Jahre 1852 auch in den Fürstenthümern Hohenzollern, 1867 in den neuen preußischen Provinzen (Hannover, Kurhessen, Schleswig-Holstein, Nassau, Frankfurt a. M.) und 1870 im Herzogthum Lauenburg eingeführt wurde. Von 1852 - 1864 hat dasselbe in Anhalt-Bernburg, von 1855 bis 1871 in Waldeck gegolten und ist 1858 dem oldenburgischen, 1863 dem lübecker St.G.B. zu Grunde gelegt worden[23]. Ausgezeichnet durch Bestimmtheit und Klarheit seiner Vorschriften und Fernhaltung doctrinärer Bestimmungen[24], sowie auch durch Aufnahme mancher neuen und zweckmäßigen Vorschrift, enthielt dasselbe andererseits auch manche schroffe und einseitige Bestimmung und folgte in mehr Puncten, als gerechtfertigt war, dem französischen Rechte[25].

5) In der folgenden Zeit sind dann noch folgende Strafgesetzbücher erlassen:

a) das österreichische St.G.B. von 1852, das nur als eine Ueberarbeitung desjenigen von 1802 und demgemäß in Vielem veraltet erscheint[26].

b) das sächsische St.G.B. von 1855[27], wesentlich neu

23) In Kurhessen und Schleswig-Holstein hatte bis dahin gemeines d. Strafrecht gegolten. Vgl: für Kurhessen die Darstellungen von Heuser (1853) und Kersting (1853 f.), für Schleswig-Holstein diejenige von Schirach (1828 f.). — Vgl (Goltdammer) Goltd. Archiv 1866 S. 657 ff.

24) Wodurch sich dasselbe mehr als die früheren Gesetze zur Anwendung in Laiengerichten geeignet zeigte, wobei die kurz vorher erfolgte Einführung des Schwurgerichts in Betracht kommt.

25) Keineswegs übrigens war die Aufnahme des französischen Rechts überall von Uebel (vgl. die Herbeiführung einer falschen Beurkundung). Und auch der Anschluss an das französische Recht in der Lehre von Versuch und Theilnahme entfernt sich nicht so weit von dem Richtigen, als häufig gesagt ist (vgl. die betreffenden Lehren).

26) Daher Einmischung polizeilicher Gesichtspuncte. Hinsichtlich der Ehrenstrafe 1867 geändert. — Eingeführt ist dasselbe auch (vgl. oben Seite 101 Anm. 60) im Fürstenthum Lichtenstein. Ueber die Literatur siehe unten Anm. 34.

27) Entwürfe von 1850 und 1853; Verhandlungen 1853 und 1854. Kommentare von Krug (2. Aufl. 1861) und Siebdrat, (Leipzig 1862);

gegenüber demjenigen von 1838, seinerseits wiederum ersetzt durch eine Ueberarbeitung von 1868, die Sachsen noch für angemessen erachtete, als dasselbe schon zum norddeutschen Bunde gehörte[28]);

c) das bayerische St.G.B. von 1861[29]), das sich in seiner Anlage dem preußischen St.G.B anschloss und, wie dieses, manches vom französischen Recht aufnahm. Und zuletzt erschien noch

d) ein St.G.B. für Hamburg (1869), das sich in der Hauptsache an das braunschweigische St.G.B. anschloß,

sodaß im Jahre 1870 nur noch in den beiden Mecklenburg, in Schaumburg-Lippe und in Bremen auf Grund des gemeinen Rechtes erkannt wurde[30]).

6) In allen diesen Strafgesetzbüchern ist, und zwar im Ganzen in aufsteigender Linie, der Versuch gemacht worden, zu einer richtigen Durchbildung des Strafrechtes auf Grund der Freiheitsstrafe zu gelangen, wobei die Todesstrafe auf einige wenige Fälle zurückgedrängt und in mehreren Staaten ganz aufgehoben wurde. Ergänzt wurde das St.G.B. überall durch Nebengesetze (Specialgesetze), wohin hauptsächlich die Militärstrafgesetze, die Forststrafgesetze und die Zoll- und Steuergesetze gehörten[31]). — Die Beschlüsse des deutschen Bundes berührten das Strafrecht nur wenig (Vereins- und Versammlungsrecht, Preßrecht); die deutschen Grundrechte von

vor Allem v. Wächter, das sächs. und das thüring. Strafrecht (unvollendet) Stuttgart 1857. Eingeführt 1861 in Reuss ä. L. (vgl. jedoch oben Anm. 20).

28) Hauptänderung die Aufhebung der Todesstrafe Vgl. Schwarze, das revidirte St.G.B. Leipzig 1868.

29) Aeltere Entwürfe siehe oben Anm. 13; spätere Entwürfe von 1851, 1853, 1860. Verhandlungen in der Zwischenzeit (besonders lebhaft über die „mildernden Umstände"). Kommentare von Dollmann, fortgesetzt von Risch (unvollendet, 1861 ff.), Hocheder (I 1862), Weis (1863 ff.), Stenglein (2. Aufl. 1870 f.).

30) Vgl. aber die mecklenburgischen Verordnungen von 1839, 1853 1854; auch Erachten, die Einf. eines Crim.-G.-B. betreffend, Schwerin 1850. Ferner für Bremen Entwürfe von 1861 und 1868. Vgl. Entwurf nebst Motiven 2 Bde. Bremen 1861 (verfaßt von Donandt).

31) Hier und da auch besondere Gesetze über den Wild- und Fischdiebstahl, zum Schutze der Eisenbahnen u. dgl.

1848 (hauptsächlich Abschaffung der Todesstrafe und der körperlichen Züchtigung) erlangten nur in einigen Staaten, und auch hier nur vorübergehende, Geltung.

7) Wie dann aus dieser ebenso unwürdigen wie schädlichen Zersplitterung, wonach es möglich war, daß eine und dieselbe Handlung hier straflos war, dort bestraft wurde, hier mit geringer, dort mit schwerer Strafe belegt wurde, mit der endlichen Wiedervereinigung der Nation auch eine neue und fester als früher begründete Einheit des Strafrechts hervorging, soll bei den Quellen des heutigen deutschen Strafrechts (§. 12) dargestellt werden[32])

8) Werfen wir aber vorher noch einen Blick auf das ausländische Recht[33]), so gilt

a) in Oesterreich[34]) (nunmehr an dieser Stelle zu erwähnen) noch das St.G.B. von 1852, das jedoch in Ungarn 1860 aufgehoben wurde und 1877 daselbst durch ein unga-

32) Von Entwürfen zu einem gemeinsamen deutschen Gesetzbuch vgl. schon v. Strombeck, Entwurf eines St.G.B. für Staatsgebiete des deutschen Bundes 2. Auflage 1834. Ferner Krug, Ideeen zu einer gemeinsamen Strafgesetzgebung in Deutschland Erlangen 1857; v. Kräwel, Entwurf zu dem allgemeinen Theil eines für Deutschland geltenden St G B Halle 1862; John, Entwurf zu einem St.G.B. für den norddeutschen Bund Berlin 1868 (mit eingehender Begründung). — Von 1860 an war es u. A. der deutsche Juristentag, der für die Einheit der Gesetzgebung, vor Allem auch auf dem Gebiete des Strafrechtes eintrat.

33) Vgl. v. Holtzendorff in seinem Handbuch I S. 144 ff; Geyer, v. H. Encyclopädie 4 Aufl. S. 881 ff; H. Meyer, Grundsätze des deutschen Strafrechts unter Berüksichtigung ausländischer Rechte Leipzig 1877 (internat. wissensch. Bibliothek). Ferner die Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, der Gerichtssaal und die Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft (1881 ff.), von der auch Uebersetzungen ausländischer Gesetze gebracht werden.

34) v. Hye, das österreichische Strafgesetz I 1852; Frühwald, Handbuch 4. Aufl. Wien 1867; Herbst, Handbuch des österreichischen Strafrechts, Wien 1882; Janka, das österreichische Strafrecht Prag und Leipzig 1884. — Entscheidungen des k. k. Cassationshofes 1879 ff.; Oesterreichisches Centralblatt für die jurist. Praxis.

risches St.G.B. ersetzt ist[35]). Und auch für die cisleithanischen Länder sind mehrere Entwürfe einander gefolgt[36]), von denen diejenigen von 1874 und 1881 (ebenso wie das ungarische St.G.B.) auf der Grundlage des deutschen St.G.B. erbaut sind, während von anderer Seite die Beibehaltung der alt-österreichischen Grundlage befürwortet wird[37]). — Auch in Bosnien und der Herzegowina ist 1881 das österr. Strafrecht mit einigen Veränderungen eingeführt worden. Endlich ist 1879 auch für Kroatien ein sich an das deutsche Strafrecht anschliessender Entwurf erschienen[38]).

b) Kein einheitliches Strafrecht gilt in der Schweiz[39]), wo in einigen Kantonen (Uri, Unterwalden nid dem Wald und Appenzell inner Rhoden) altes Herkommen gilt, in den meisten aber[40]) neuere Strafgesetzbücher eingeführt wurden. Einheit-

35) S. Mayer, das ungarische G.B. über Verbrechen und Vergehen Wien 1878; Kautz, Lehrbuch des ungarischen Strafrechts Budapest 1881.

36) Entwürfe von 1863, 1867 (v. Hye), 1874 (Glaser), 1881. Beurtheilungen derselben von Osenbrüggen, Geyer, Glaser, Schwarze, Häberlin, Binding, Schütze, theils in besondern Schriften, theils in der Zeitschrift von Grünhut (1875, 1876).

37) So Rulf, welchem v. Liszt (Zeitschr. für Strafrechtswiss. 1882 S. 413) zustimmt. Vgl. aber auch Ullmann, daselbst S. 603.

38) Vgl. Tauffer, gesammelte Wohlmeinungen u.s.w., Wien 1880; Ullmann Gerichtssaal 1880 S. 453 ff.

39) Temme, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts Aarau 1855; Osenbrüggen, Studien zur deutschen und schweizerischen Rechtsgeschichte Schaffhausen 1858; Beiträge zur Strafrechtsgeschichte der Schweiz Zürich 1859. Glaser, über den Entwurf eines St.G.B. für Zürich Wien 1867. Aeppli, St.G.B. für Zürich Winterthur 1884; Stooß, St.G.B. für den Kanton Bern Bern 1885, von dem mit Recht der Mangel eines einheitlichen Strafrechts beklagt wird.

40) Thurgau 1841, Waadt 1843, Graubünden 1851, Neuenburg 1856, St. Gallen und Aargau 1857, Wallis 1858, Schaffhausen 1859, Luzern 1860, Unterwalden ob dem Wald 1864, Bern 1866, Glarus 1867, Zürich 1871 (schon 1835, 1855), Baselstadt 1872, Baselland, Tessin und Freiburg 1873, Solothurn und Genf 1874, Zug 1876, Appenzell außer Rhoden 1878 (schon 1859), Schwyz 1881 (schon 1869). — Theils überwiegt der französische, theils der deutsche Einfluß. Besonders beachtenswerth sind die Gesetzbücher von Zürich und Basel.

liche Strafbestimmungen sind abgesehen vom Militärstrafrecht, den Delicten gegen den Bund und den Delicten der Bundesbeamten (Bundesstrafrecht von 1853) nur in wenigen Bundesgesetzen[41]) enthalten. Die in der Bundesverfassung von 1874 aufgehobene Todesstrafe ist durch Gesetz von 1879 (für nichtpolitische Delicte) wieder zugelassen worden, worauf dieselbe in einigen Kantonen (siehe unten bei der Todesstrafe) wieder eingeführt wurde.

c) In Holland (Königreich der Niederlande)[42]) gilt, nachdem kurze Zeit ein eigenes St.G.B. von 1809 eingeführt war, seit 1810 das französische St.G.B., das nunmehr aber durch ein neues dem deutschen sich anschließendes Gesetzbuch ersetzt werden soll, das 1881 verkündigt wurde, dem aber bis jetzt noch keine Gesetzeskraft ertheilt ist[43]). Die Todesstrafe ist seit 1870 in Holland beseitigt. (Ueber Niederländisch-Indien siehe unten bei q). —

d) In Dänemark gilt ein St.G B. von 1866, in Schweden ein solches von 1864[44]), welche als eine beachtenswerthe Durchführung der neueren Anschauungen angesehen werden; in Norwegen dagegen ein St.G.B. von 1842, das manches Veraltete enthält, durch ein Gesetz von 1874 aber theilweise ab-

41) So im Bundesgesetz über den Civilstand von 1874, im Fischereigesetz von 1875, im Forstpolizeigesetz von 1876, im Fabrikgesetz und Wasserbaupolizeigesetz von 1877 und dem Banknotengesetz von 1881. Die beabsichtigte Revision des Bundesstrafrechts ist 1884 durch Volksbeschluß verworfen.

42) Vgl. Brusa, Zeitschrift für Strafrechtswiss. 1881 S. 309 ff.; Smith, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht Haarlem 1881 ff.

43) Entwurf (Ontworpen) von 1875 Beurtheilungen desselben von van Swinderen (Goltd. Archiv 1877), Haarburger (Gerichtssaal 1877), Geyer (krit. Viertelj. 1877), S Mayer (Goltd. Archiv 1879). — Eine Uebersetzung siehe in der Zeitschrift für Strafrechtswiss. von 1881 (Beilage).

44) Ueber Dänemark vgl. Goos, dän. Strafrecht 1875 f., Zeitschrift für Strafrechtswiss. 1882 S. 127 ff; Elvers, Gerichtssaal 1876 S 50 ff. Ueber Schweden vgl. Berner, Gerichtssaal 1878 S. 606 ff. Hagströmer, Zeitschrift f. Strafrechtswiss. 1882 S. 565 ff.; Desportes, Strafanstalten in Schweden 1884 (Blätter für Gefängnißkunde); Zeitschrift für Strafrechtswiss. 1882 S. 687 ff (Militär-St.G.B.)

geändert wurde[45]); in Island besteht ein besonderes St.G.B. von 1869.

e) In Frankreich[46]) gilt noch jetzt der Code pénal, von dem und dessen Novellen schon oben (Seite 105) die Rede war und der nicht nur auf die deutsche, sondern auch auf die übrige Gesetzgebung großen Einfluß geübt hat.

f) In Belgien[47]) ist der 1831 eingeführte Code pénal, 1867 durch eine beachtenswerthe Ueberarbeitung desselben ersetzt worden.

g) Ebenso ist in Luxemburg 1879 eine Ueberarbeitung des Code pénal erschienen.

h) In England[48]) sind in diesem Jahrhundert zu verschiedenen Zeiten, besonders aber 1861 zusammenfassende oder sog. Consolidationsgesetze (über Vermögensdelicte und Delicte gegen Leib und Leben) zu Stande gekommen, die noch immer höchst casuistisch erscheinen. Anders die Entwürfe von 1878 und 1879[49]) die in der Form den sonstigen Strafgesetzbüchern gleichen, deren Aussicht auf wirkliche Einführung aber an-

45) Auf einem hannoverschen Entwurf beruhend, wie es selbst wieder als Grundlage für das dänische Gesetzbuch gedient hat. Uebersetzung von Thaulow Christiania 1843. Ueber eine Novelle von 1874 Schierlinger Gerichtssaal 1876 S. 549; über noch neuere Gesetze Getz, Zeitschrift für Strafrechtswiss. 1884 S. 292 f.

46) Hauptwerk über das französische Strafrecht Chauveau et Hélie, théorie du code pénal 6 Bde 5 ed. Paris 1872 ff. (auch eine Ausgabe von Nypels Brüssel 1858 ff). Außerdem die Werke von Boitard, Trébutien (2. Ausg. 1884), Ortolan, Haus; die Kommentare zum Code pénal (z. B. Roland de Villargues) und als neueste Darstellung Garraud, précis de droit criminel 2. Aufl. Paris. 1884.

47) Nypels, legislation crim. de la Belgique 4 Bde. Brüssel 1870 bis 1884; Haus, principes généraux 3. Aufl. Brüssel 1879.

48) H. Stephen, Handbuch des englischen Strafrechts, übersetzt von Mühry, Göttingen 1843. Außer älteren Werken von Archbold, Russel, Woolrich vgl. Harris, principles of the crim. law London 1877; J. Stephen, general view of the crim. law London 1863, digest of the crim. law of England 3. Ausgabe London 1883; history of the crim. law of England London 1883 (3 Bde.); auch Zeitschrift für Strafrechtwiss. 1881 S. 439 ff.; — Die Gesetze von 1861 vgl. bei Davis, the criminal law consolidation statutes London 1861.

49) Hauptverfasser J. Stephen; vgl. S. Mayer, Goltd. Archiv 1878 S. 385 ff.; Winiwarter, Gerichtssaal 1878 S. 321 ff.

scheinend gering ist. — Auch in England ist die Todesstrafe allmählich auf wenige Fälle beschränkt worden [50]; die längere Zeit angewendete Verschickung (Transportation) ist seit 1857 beseitigt; über die Vollstreckung der Freiheitsstrafen und die bedingte Entlassung siehe unten bei der Freiheitsstrafe [51]. Für Schottland und Irland gelten Abweichungen; ferner ist für die Inseln Malta, Gozzo und Comino ein Strafgesetz erlassen, das eine Verbindung englischer und italienischer Anschauungen aufweist. (Ueber Englisch-Indien siehe unten bei q.).

i) In Italien [52], wo vor dem Jahre 1859 in den Einzelstaaten besondere, mehr oder weniger französisch beeinflußte Strafgesetzbücher gegolten hatten, ist seit 1859 das sardinische St.G.B. von 1839 nach und nach auf das ganze Königreich Italiens ausgedehnt worden; jedoch mit Abänderungen für Neapel und mit Ausnahme von Toscana, wo das (die Todesstrafe ausschließende) St.G.B. von 1853 bestehen blieb. Ein besonderes St.G.B. (von 1865) gilt für die Republik San Marino. Mehrere Entwürfe zu einem neuen St.G.B. für Italien von 1874, 1877, 1882, 1883 [53], haben bis jetzt nicht zum Ziele geführt.

k) In Spanien erschien 1850 ein St.G.B. (Codigo penal), das sich u. A. noch nicht von der alten Behandlung der Re-

50) Vgl. aber die Wendung, die auch in England durch neuere und neueste Gesetze (Sprengstoffgesetz von 1883) eintrat.

51) Beibehalten aber ist die körp. Züchtigung, und zwar nicht nur für jugendliche Personen und geringe Delicte, sondern auch als Schärfung der Freiheitsstrafe in schwereren Fällen (z B. bei Raub).

52) Vgl. außer den älteren Werken von Romagnosi, Carmignani u. s. w. Carrara, programma del corso di diritto criminale 3 Bde. 5. Aufl. Lucca 1881 ff. Ferner die Schriften von Pessina (ed. 5 Neapel 1882); Zupetta (ed. 8 Neapel 1869 f.); Mel (diritto positivo penale Neapel 1881) Von Zeitschriften die rivista penale ed. Lucchini 1874 ff. — Ueber die in Italien neu aufgetauchte „positive“ (positivistische, anthropologische) Schule (Lombroso, Ferri, Garofalo und Andere) vgl. einerseits Lombroso, Zeitschrift für Strafrechtswiss. 1881 S. 108 ff; andererseits Brusa, dasselbe 1881 S. 130 ff., 1882 S. 327 ff.; Gretener, die ital. positive Schule, Bern 1884 (Zeitschr. des bern. Juristenvereins).

53) Besprochen u. A. von Geyer, krit. Vierteljahrsschr. 1875; Wahlberg in der Rivista penale.

ligionsdelicte loszusagen vermochte, 1870 aber durch ein neues, sich an das französische Recht anschließendes St.G.B. ersetzt wurde[54]). — In Portugal gilt ein St.G.B. von 1852, 1867 in einigen Puncten (u. A. Aufhebung der Todesstrafe) geändert.

l) In Rußland[55]) kam 1845 ein umfassendes St.G.B. zu Stande, das, in der Form umständlich und schwerfällig, neben der Verschickung (Deportation) noch reichlichen Gebrauch von der Brandmarkung und körperlichen Züchtigung machte, im Jahre 1866 jedoch (unter Alexander II.) durch eine mildernde Ueberarbeitung ersetzt ist, die nunmehr einem völlig neuen St.G.B. zu weichen bestimmt ist[56]). Die Todesstrafe ist in Rußland, abgesehen von den schwersten Staatsverbrechen, beseitigt; noch jetzt aber ist neben der gerichtlichen auch eine „administrative" Verschickung zulässig. — In Finnland gilt noch das schwedische Strafrecht des vorigen Jahrhunderts[57]).

m) In Griechenland[58]) wurde 1835 ein St.G.B. (*Ποινικὸς νόμος*) eingeführt, welchem bayerische Entwürfe als Grundlage gedient hatten, und das durch spätere Gesetze ergänzt ist. Die Todesstrafe ist durch die Verfassung von 1860 nur für politische Delicte beseitigt.

n) In Rumänien gilt ein (1874 überarbeitetes) St.G.B.

54) Erwähnt wird Silvela, el derecho penal 1879; vgl. auch Laget, theorie du code pénal espagnol comparée avec la législation française Paris 1883.

55) Vgl. Engelmann, v. H. Handbuch I S. 224 ff. — Von russischen Darstellungen Taganzeff, Kommentar 4. Aufl. 1882, Handbuch 3 Bde 1874—1880; Kisstjakowsky, Lehrbuch 2. Aufl. 1882. Vgl. noch Gretener, Zeitschrift für Strafrechtswiss. 1884 S. 297 ff.; Rosenblatt daselbst S. 294 ff.

56) Vgl. den von Gretener übersetzten Entwurf eines allg. Theils mit Erläuterungen (Petersburg 1882); Theilentwürfe des besonderen Theils sind bis jetzt nur in russischer Sprache erschienen. Von Beurtheilungen Schütze im Gerichtssaal 1883, Geyer in der Zeitschrift für Strafrechtswiss. 1883 u. 1884, krit. Vierteljahrsschrift 1883 und die unter russischem Titel gedruckten Aeußerungen (Petersburg 1884).

57) Ueber einen Entwurf für Finnland vgl. Ehrström, Gerichtssaal 1876 S. 519 ff.

58) *Κωστὶς, ἑρμηνεῖα τοῦ ἐν Ἑλλάδι ἰσχύοντος ποινικοῦ νόμου, ἐν Ἀθήναις* 1871.

von 1864, in Serbien ein solches von 1860[59]; in Montenegro ein (unvollständiges) von 1855[60]; in Bulgarien blieb vorläufig das türkische Strafrecht bestehen.

o) In der Türkei (einschließlich Ostrumeliens) gilt ein unvollständiges St.G.B. von 1840[61]), woneben aber für die muhamedanischen Unterthanen ein auf dem Koran beruhendes und für die christlichen Unterthanen (soweit sie der türkischen Gerichtsbarkeit unterliegen) ein auf römisch-griechischer Grundlage beruhendes Gewohnheitsrecht in Gebrauch ist.

p) Von außereuropäischen Ländern sind zunächst die vereinigten Staaten von Nordamerika[62]) zu erwähnen, die ebenso wie die Schweiz, nur ein auf die Bundesverhältnisse bezügliches, im Uebrigen aber getheiltes Strafrecht besitzen. Auch sind nur in einzelnen Staaten Strafgesetzbücher erlassen[63]), wogegen in den meisten, abgesehen von Einzelgesetzen, nach einem auf dem englischen Recht beruhenden Gerichtsgebrauch erkannt wird. Auch hier greift die Verschiedenheit so weit, daß in einigen Staaten die Todesstrafe besteht, während sie in anderen abgeschafft wurde[64]). Von Bundesgesetzen strafrechtlichen Inhalts kam neuerdings hinzu das Gesetz über Polygamie vom 23. März 1881.

59) Das sich dem badischen und preußischen St.G.B. anschloß. Vgl. S. Mayer, Goltd. Archiv 1882 S. 350 ff.

60) Vgl. Wahlberg, Schriften III S. 340 ff.

61) Enthalten u. A. in der „Legislation Ottomane" von Aristarchi Bey (code pénal Ottoman).

62) Wharton, treatise on the criminal law of the United States 3 Bde. Philadelphia 1868, philosophie of crim. law, Philadelphia 1880; Bishop, criminal law 2. Ausgabe, Boston 1882. — Vgl. noch Livingstone, exposé d'un system de législation crim. pour Louisiana et pour les état unis de l'Amérique 1827 f. (neu herausgeg. Paris 1872, 2 Bde.).

63) Es gehören dahin Louisiana, New-York, Pennsylvanien, Massachusetts, Maryland. Und zwar gilt für New-York ein neues St.G.B. von 1881, (nach Inhalt und Form mehrfach veraltet); vgl. Geyer, Goltd. Archiv 1882 S. 81 ff.; Bleeker Miller, Zeitschr. für Strafrechtswiss 1884 S. 114 ff. Uebersetzung als Beilage daselbst.

64) Ueber Gebrechen der amerik Strafrechtspflege, insbesondere die Einmischung politischer u socialer Gesichtspuncte vgl v. Holtzendorff, deutsche Rundschau 1882.

q) Außerdem sind etwa das auf spanisch-französischer Grundlage beruhende St.G.B. für Mexico von 1871, das St.G.B. für Englisch-Indien von 1860 [65]), das St.G.B. für Niederländisch-Indien von 1866 [66]), das St.G.B. für Japan (in Kraft seit 1882) [67]) und die Entwürfe für die Argentinische Republik [68]) zu erwähnen.

65) Indian penal code, beruhend auf einem Entwurfe Macaulay's. Vgl. J. Stephen, history of the crim law III S. 299 ff.; Starling, indian crim. law 2. Ausg. London 1870.

66) de Pinto, wetboek van Strafrecht vor Nederland Indie 1866.

67) Vgl. Berner, Gerichtssaal 1881 S 381 ff.; van Hamel. la nouvelle législation pénale du Japon, Brüssel 1882.

68) Zeitschr. für Strafrechtswiss. 1882 S. 174, 1883 S. 209.

Dritter Abschnitt.

Quellen, Hülfswissenschaften und Litteratur.

§. 12 (13, 14).

Quellen [1]).

1) Nachdem schon die Reichsverfassung von 1849 neben anderen Rechtstheilen auch das Strafrecht als Gegenstand der deutschen Gesetzgebung hingestellt [2]), der wiederhergestellte deutsche Bund aber noch 1859 diese Angelegenheit für „nicht sehr dringlich" erklärt hatte, war erst durch die große Umgestaltung der deutschen Verhältnisse in den Jahren 1866 und 1870 neben der thatsächlichen Möglichkeit einer übereinstimmenden, zugleich auch die rechtliche Möglichkeit einer gemeinsamen Gesetzgebung gegeben.

2) Und zwar zunächst im Norddeutschen Bunde, dessen Verfassung (Art. 4 Nr. 13) neben anderen Rechtstheilen auch das Strafrecht für Sache der Bundesgesetzgebung erklärte, worauf durch Beschluß des Reichstags vom 18. April 1868 [3]) der Bundeskanzler zur Herstellung des Entwurfes eines gemeinsamen Strafgesetzes aufgefordert wurde. In Folge dessen

1) Ueber die Entstehung des Reichs-St.G B. vgl. hauptsächlich Rüdorff, Kommentar 3. Aufl. von Stenglein S. 12 ff.

2) Auch kam es zu dem Entwurf eines „allgemeinen deutschen St.G.B.", der 1849 im preußischen Justizministerium aufgestellt wurde (Rüdorff S. 10).

3) Vgl. besonders die treffenden Ausführungen Wächter's gegen Schwarze, der noch gegen die Rechtseinheit im Gebiete des Strafrechts auftreten zu müssen glaubte (Stenogr. Bericht I S. 284 ff.).

kam im preußischen Justizministerium ein von Friedberg[4]) verfaßter Entwurf zu Stande (Entwurf I), der 1869 (mit Motiven und Anlagen) veröffentlicht und einer vom Bundesrath ernannten Kommission vorgelegt wurde [5]). Der hieraus hervorgehende Entwurf (Entwurf II) [6]) wurde vom Bundesrath einigen wenigen Aenderungen unterzogen (Entwurf III), worauf derselbe (mit neu ausgearbeiten Motiven) im Februar 1870 dem norddeutschen Reichstag vorgelegt wurde und nach lebhaften Verhandlungen (hauptsächlich über die Todesstrafe und die Behandlung politischer Delicte) schon am 25. Mai 1870 im Reichstag und im Bundesrath zur Annahme gelangte, und unter dem 31. Mai 1870 als St.G.B. für den norddeutschen Bund verkündigt wurde. Die Gesetzeskraft desselben war im Einführungsgesetz vom gleichen Tage auf den 1. Januar 1871 festgesetzt worden.

3) Als dann noch vor diesem Zeitpunct der Krieg mit Frankreich eintrat, die Versailler Verträge (vom 15., 23. und 25. November) geschlossen waren und die Verfassung des norddeutschen Bundes zur Reichsverfassung erweitert war, wurde mit anderen Gesetzen des norddeutschen Bundes auch das St.G.B. mit wenigen (durch die staatsrechtliche Umwandlung veranlassten Aenderungen zum Reichsgesetz erhoben [7])

4) Dem dabei Rüdorff und Rubo als Mitarbeiter zur Seite standen, von denen später Kommentare zum St G.B. verfaßt wurden.

5) Vorsitzender Leonhardt, Stellvertreter Schwarze, unter den übrigen fünf Mitgliedern Friedberg selbst und Donandt (Verfasser bremischer Entwürfe). — Beurtheilungen des Entwurfs waren erschienen von Berner (Kritik), Binding (der Entwurf), Hälschner (Beiträge), Häberlin (krit Bemerkungen), Heinze (Erörterungen), Held (Bemerkungen), John (Strafr. in Norddeutschland), H. Meyer (nordd. Strafrecht); vgl. außerdem Gessler, Merkel, Seeger und Stenglein in den Verhandlungen des 9. Juristentages; Geyer, krit. Vierteljahrsschrift; Vollert, Blätter für Rechtspflege und über alle diese Beurtheilungen; Schwarze, Gerichtssaal 1870 S. 146 ff.

6) Beurtheilungen dieses Entwurfs erschieneu von Heinze (zum revid. Entwurf), Vollert (Blätter für Rechtspflege), v. Wächter (Beitrag zur Gesch und Kritik 1870).

7) Vgl. das Einf.G. zur Reichsverfassung vom 16. April 1871 §. 2. — Schon vorher war die Gesetzeskraft für Hessen südlich des

und durch Gesetz vom 15. Mai 1871 in veränderter Fassung als „**Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich**", mit Gesetzeskraft vom 1. Januar 1872, verkündigt [8]).

4) Grundlage desselben ist das preußische St.G.B., dessen Bestimmungen jedoch an vielen Stellen theils geändert, theils ergänzt, insbesondere aber in nicht wenigen Puncten gemildert wurden, was nicht überall mit der erforderlichen Umsicht und Folgerichtigkeit geschehen ist [9]). In Vielem mitberücksichtigt wurden auch die anderen deutschen Gesetzbücher, auch diejenigen der süddeutschen Staaten, deren Einfluß aber nach Maßgabe der damaligen politischen Lage hinter demjenigen des sächsischen St.G.B. zurückstand.

5) Seiner Form nach besteht das Gesetzbuch, abgesehen von einleitenden Bestimmungen [10]), aus einem Allgemeinen Theil und einem Besonderen Theil, in welchem letzteren die Verbrechen und Vergehen gemeinschaftlich behandelt, die Uebertretungen aber in einen besonderen Abschnitt (29) gestellt sind. Die Vertheilung des Stoffes in die einzelnen Abschnitte, die Reihenfolge dieser Abschnitte sowie die Ueberschriften derselben sind nicht durchaus zutreffend gerathen. Neben den strafrechtlichen sind auch einige privatrechtliche (§§. 165, 188, 200, 231) und proceßrechtliche (§§. 93, 140, 164, 191, auch 25, 37 ff.), ja auch einige polizeiliche Bestimmungen (§§. 42, 152) in ihm enthalten [11]).

6) Aenderungen des St.G.B. sind inzwischen erfolgt theils durch die Einschiebung des sog. Kanzelparagraphen

Mains auf den 1. Januar 1871, für Elsaß-Lothringen auf den 1. October 1871, für Württemberg, Baden und Bayern auf den 1. Jan. 1872 bestimmt worden.

8) Nicht abgeändert wurde das Einf.G., welches noch jetzt vom Norddeutschen Bunde u.s.w. redet, nach Maßgabe des Einf.G. zur Reichsverfassung aber ebenfalls vom Deutschen Reich u.s.w. zu verstehen ist.

9) Vgl. z. B. die mildernden Umstände beim Todtschlag (§. 213), wonach die Grenzen der Strafzumessung bei diesem Delict ungebührlich weit sind.

10) die in den Allgemeinen Theil hätten aufgenommen werden können.

11) Vgl. Francke, Goltd. Archiv 1872 S. 14 ff.

(§. 130[a]) und der Bestimmungen über den Wucher (§§. 302[a] bis 302[d]), theils durch die Ersetzung der Bestimmungen über den Bankerott (§§. 281 bis 283) durch die entsprechenden Vorschriften der Konkursordnung (§§. 209 bis 214), theils und vor Allem durch die Novelle vom 26. Februar 1876 [12]), durch welche augenscheinliche Fehler des Gesetzes verbessert [13]), einzelne Verschärfungen und Ergänzungen [14]) eingeführt und eine neue Redaction des St.G.B. (das deßwegen auch wohl St.G.B. vom 26. Februar 1876 genannt wird) angeordnet wurde.

7) Ergänzt wird das Reichsstrafgesetzbuch

a) durch diejenigen Vorschriften strafrechtlichen Inhalts, welche in den sonstigen Reichsgesetzen [15]) enthalten sind

12) Vgl. Fuchs, zur Revision des St.G.B. Breslau 1876; Sontag und Schütze in Goltd. Archiv 1871; Meves, die Novelle (Bezold, Gesetzgebung Theil III Band 2). — In die Verurtheilung der Novelle durch Geyer, v. Bar u. Andere können wir nicht einstimmen, da durch sie überwiegend zweckmäßige, ja nothwendige Aenderungen und Ergänzungen eingeführt wurden und selbst unter den abgelehnten Bestimmungen des Entwurfs sich solche befanden, wie z. B. über die Anpreisung strafbarer Handlungen, deren Annahme sehr heilsam gewesen sein würde.

13) Vgl. vor Allem die Verbesserung in §. 102 (Handlungen gegen fremde Staaten) und §. 64 (Zurücknahme des Antrags).

14) Vor Allem der berühmte §. 49[a] (Duchesne-Paragraph, vgl. die Lehre von der Anstiftung) und der §. 353[a] (Arnim-Paragraph); außerdem §. 223[a] u s.w.

15) Vgl. Neumann, die deutschen Reichsgesetze u. s. w. Berlin 1878; Schrader, deutsche Strafgesetze Berlin 1876; Gaupp und Hellwig, Die Gesetzgebung des deutschen Reichs Berlin u. Leipzig 1883 ff. — Im Einzelnen sind zu bemerken: a) aus der Zeit vor der Reichsverfassung (durch Einf.G. zur Reichsverfassung §. 2 zu Reichsgesetzen erhoben): Gesetze betr. die Salzsteuer und die Nationalität der Kauffahrteischiffe von 1867; Gesetze betreffend die Branntweinsteuer, die Haftung der Brauereiunternehmer und die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften von 1868; Gesetze betr. die Rinderpest, die Telegraphen-Freimarken, die Wechselstempelsteuer (abgeändert 1879), die Gewerbeordnung (abgeändert 1883), die Maß- und Gewichtsordnung, die Zuckersteuer, das Vereinszollgesetz und die Sicherung der Zollvereinsgrenze von 1869; Gesetz betr. das Urheberrecht an Schriftwerken u.s.w. von 1870. — b) aus der Zeit nach

und unter denen sich sogar ein zweites St.G.B., nämlich das Militärstrafgesetzbuch vom 20. Juni 1872[16]), befindet;

b) durch diejenigen Vorschriften des Landesrechts[17]),

der Reichsverfassung: die Reichsverfassung selbst sowie Gesetze betr. die Inhaberpapiere mit Prämien, betr. das Postwesen nnd das Grundeigenthum in der Nähe von Festungen von **1871**; Gesetze betr. die Brausteuer, die Seemannsordnung und die Mitnahme hülfsbedürftiger Seeleute von **1872**; Gesetze über die Kriegsleistungen, die Registrirung der Kauffahrteischiffe, das Münzgesetz von **1873**; das Impfgesetz, das Reichsmilitärgesetz, das Preßgesetz, die Strandungsordnung und das Markenschutzgesetz von **1874**; das Personenstandsgesetz, das Bankgesetz von **1875**; die Gesetze über das Urheberrecht, die Beseitigung von Ansteckungsstoffen auf Eisenbahnen, die eingeschriebenen Hülfskassen (abgeändert 1884), über das Zusammenstoßen auf See, die Schonzeit für Robben sowie die Noth- und Lotsensignalordnung von **1876**; die Konkursordnung, das Seeunfallsgesetz, das Patentgesetz von **1877**; die Gesetze betr. Vieheinfuhrverbote, den Spielkartenstempel sowie das Socialistengesetz (authentisch erklärt und verlängert 1880, auf's Neue verlängert 1884) von **1878**; die Gesetze über die Konsulargerichtsbarkeit, die Tabaksteuer sowie das Nahrungsmittelgesetz von **1879**; die Gesetze betreffend die Viehseuchen, die Schiffsmeldungen von **1880**; die Gesetze betr. die Küstenschifffahrt, die Reichsstempelabgaben, Zuwiderhandlungen gegen die österr. ungar. Zollgesetze, den Raumgehalt der Schankgefäße von **1881**; Gesetze betr. die Krankenversicherung der Arbeiter, die Reblauskrankheit von **1883**; Gesetze betr. die Stimmenzettel für öffentliche Wahlen, die Ausführung der Konvention über die Fischerei in der Nordsee, die Anfertigung von Zündhölzern, den Feingehalt der Gold- und Silberwaaren, ferner das Unfallversicherungsgesetz, das Sprengstoffgesetz und das Actiengesetz von **1884**. — Außerdem sind Vorschriften strafrechtlichen Inhalts auch in den Verträgen (so in den Handels- und Schifffahrtsverträgen, den Fischereiverträgen und in den Literarconventionen) des deutschen Reichs mit dem Ausland enthalten.

16) Durch dasselbe sind die Militär-Strafgesetzbücher von Preußen (1845), Bayern (1869), Sachsen (1867) und u. A. die württemb. Militärstrafgesetze von 1818 (abgesehen von ihren processualen Bestimmungen) ersetzt worden. — Kommentare von Keller (1872), Koppmann (1875), Hecker (1877). Textausgaben von Solms (1878), Fleck (2. Aufl. 1881). Außerdem: Hecker, über das Verhältniß des Civilstrafrechts und Militärstrafrechts Berlin 1885.

17) Für Preußen: Hartmann, die neben dem St.G.B. geltenden Strafgesetze 2. Aufl. Berlin 1879; Dalcke, Strafrecht und Strafproceß

welchen nach den Vorschriften des Reichsrechts selbst (vgl. §. 18) neben dem Reichsrecht rechtliche Gültigkeit zukommt, wohin u. A. die in den meisten deutschen Staaten (nicht in Preußen) erlassenen Ein-, bezw. Ausführungsgesetze[18]), sowie die in den verschiedenen deutschen Staaten (nicht in Preußen) bestehenden Polizeistrafgesetzbücher[19]) gehören, welche Gesetze (sowohl Reichs- als Landesgesetze) vom strafrechtlichen Standpunct aus als Nebengesetze erscheinen und in der That auch mit diesem Namen oder auch als Specialgesetze bezeichnet werden[20]).

8) Ueber die Ergänzung sowohl der Reichs- wie der Landesstrafgesetze durch Strafverordnungen (Polizeiverordnungen, Polizeistrafverordnungen) siehe unten in der Lehre vom Strafgesetz[21]).

3. Aufl. Berlin 1885; Borchert (siehe Anm. 20). Für Bayern: Staudinger, das St.GB. mit den Nebengesetzen Nördlingen 1872, strafrechtl. Specialgesetze Nördlingen 1880. Für Württemberg Nachweisungen bei Frisch, die Strafgesetze des Königr. Württ. 1878. Für Sachsen Ausgabe von Schwarze (1874); für Baden Bingner und Eisenlohr (1872), für Elsaß-Lothringen Förtsch und Leoni (1875), Kayser (v. H. Handb. IV S. 637 ff.).

18) Bayern, Gesetz vom 26 Dec. 1871; Württemberg, Gesetz vom 26. Dec. 1871; Sachsen, Gesetz vom 15. April 1873 u.s.w.

19) Vgl. das bayerische Polizei-St.G.B. von 1871 (Ausgaben von Edel und Riedel); das württ Polizeistrafgesetz von 1871, mit Aenderungen von 1879 (Ausgabe von Schicker); das badische Polizei-St.G.B. von 1863 (Ausgabe von Jolly und Eisenlohr).

20) Ueber die Beziehung des Gegensatzes von generellem und speciellem Strafrecht hierzu vgl. oben S. 59 f. — Die Reichs- und preußischen Gesetze fassen zusammen Borchert, Codex des deutsch-preußischen Strafrechts (und Strafprocesses) Berlin 1882 ff.; Hellwig und Arndt, die deutsche Strafgesetzgebung Berlin u. Leipzig 1883 ff. Die Reichs- und bayerischen Gesetze Staudinger, strafrechtliche Specialgesetze Nördlingen 1880.

21) Reichsverordnungen strafrechtlichen Inhalts ergingen über das Zusammenstoßen auf See (1880, abgeändert 1881) und über Schiffsmeldungen (1880).

§. 13 (15).

Hülfswissenschaften[1]).

Als Hülfswissenschaften für das Strafrecht kommen in Betracht

a) die Gefängnißwissenschaft, die einerseits einen Theil der Strafrechtswissenschaft selbst bildet, andererseits aber darüber hinausgeht, indem der Zustand der Gefangenen neben seiner rechtlichen Seite noch in verschiedenen anderen Beziehungen Gegenstand der wissenschaftlichen Erörterung sein kann[1]);

b) die gerichtliche Medicin, deren Mitwirkung theils bei der Beurtheilung bestimmter Delictsarten, theils bei der Beurtheilung mittelbar bedeutsamer Fragen in Betracht kommt;

c) die gerichtliche Psychologie, deren Aufgabe theils auf den Geisteszustand des Beschuldigten selbst, theils aber auch auf den Geisteszustand passiv betheiligter Personen Bezug hat;

d) die Criminal-Anthropologie, unter welchem Namen die für das Strafrecht erheblichen Kenntnisse von den geistigen und leiblichen Eigenschaften des Menschen zusammengefaßt werden können;

e) die Straf- oder Criminalstatistik[2]), d. h. die Aufzeichnung der strafrechtlich erheblichen Erscheinungen nach Zahl und Maß, wobei insbesondere die amtliche Aufzeichnung und nunmehr die amtliche Statistik des deutschen Reichs in Betracht kommt[3]);

1) Vgl. aber gegen Uebergriffe der Gefängnißwissenschaft in das juristische Gebiet Mittelstädt, gegen die Freiheitsstrafen S. 1 ff.; Sontag, Zeitschrift für Strafrechtswiss. 1881 S. 480 ff.

2) Vgl. v. Oettingen, über die methodische Erhebung und Beurtheilung criminalstatistischer Daten, Zeitschrift für Strafrechtswiss. 1881 S. 414 ff.

3) Statistik des deutschen Reichs: Kriminalstatistik für das Jahr 1882, bearbeitet im Reichsjustizamt und im kaiserlichen statistischen Amt, Berlin 1884, 2 Thl. — Was das Ausland betrifft, u. A. die Comptes généraux de l'administration de la justice criminelle en France, seit 1825.

f) die sog. Straf- oder Criminalsociologie[4]) (vgl. oben § 6 am Schluß), d. h. die Betrachtung des Delictes und der Strafe nach ihrer gesellschaftlichen oder socialen Seite, wobei es u. A. auf die für die Strafrechtspflege bedeutsamen nationalöconomischen Gesichtspuncte ankommt;

g) die Criminalpolizei oder diejenigen Grundsätze und Lehren, welche für die Ermittlung der Delicte und insbesondere für die Aufsuchung des Schuldigen selbst in Betracht kommen.

§. 14 (15).

Litteratur[1]).

1) Während die wissenschaftlichen Bearbeitungen der einzelnen Lehren bei diesen selbst aufzuführen sind, kann es sich hier nur um die allgemeineren Darstellungen handeln. Und zwar sind zu nennen

a) von systematischen Darstellungen des früheren gemeinen Rechtes: Grolman, Grundsätze des Criminalrechts Gießen 1798, 4. Auflage 1825; Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts Gießen 1801, herausgegeben bis zur 11. Auflage von Feuerbach selbst, später von Mittermaier (14. Aufl. Heidelberg 1847) sowie von Morstadt und Osenbrüggen (Schaffhausen 1852); Tittmann, Handbuch 4 Bde. 1806, 2. Aufl. 1822; Roßhirt, Lehrbuch 1821, Geschichte und System 2 Thle., 1838 f.; Wirth, Handbuch 1823; Martin, Lehrbuch 1825, 2. Aufl. 1829; Henke, Handbuch 4 Bde., 1821—1830; Wächter, Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechts 2 Thle. 1825, 1826 (Grundriß mit dogmengeschichtlichen Ausführungen);

4) Jellinec, die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, Wien 1878; Sergiewski, Zeitschr. für Strafrechtswiss. 1881 S. 211 ff.

1) Vgl. Kappler, Handbuch der Litteratur des Criminalrechts, Stuttgart 1838; Roßberg, bibliotheka juridica 1877; Schletter's Jahrbücher; und nunmehr die Angaben in der Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft, im Gerichtssaal und in dem Centralblatt für Rechtswissenschaft.

Bauer, Lehrbuch 1827, 2. Aufl. 1833; Jarcke, Handbuch 3 Bde. (unvollendet) 1827 ff.; Klenze, Lehrbuch 1833 (Grundriß); Abegg, Lehrbuch 1836, 6. Aufl. 1857; Marezoll, Criminalrecht 1841, 3. Aufl. 1856; Köstlin, System I 1845 (unvollendet, ergänzt durch Abhandlungen 1858); Berner, Lehrbuch 1857, 13. Auflage 1884; Geib, Lehrbuch 2 Bde. 1861, 1862 (unvollendet)[2].

b) Es treten hinzu die schon erwähnten landesrechtlichen Darstellungen (vgl. oben §. 11), von welchen wissenschaftliche Bedeutung hauptsächlich den Kommentaren von Hufnagel, Hepp, Leonhard, Breidenbach, Oppenhoff[3]), Krug und Dollmann-Risch, sowie den systematischen Darstellungen von Hälschner über das preußische, Wächter über das sächsisch-thüringische Strafrecht zukommt.

c) Auf Grund des Reichsstrafrechts sind erschienen

α) von Kommentaren: F. C. Oppenhoff, das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 10. Ausgabe von T. F. Oppenhoff, Berlin 1885; v. Schwarze, Kommentar zum St.G.B. 5. Auflage Leipzig 1884; Rüdorff, St.G.B., 3. Auflage von Stenglein, Berlin und Leipzig 1881; Rubo, Kommentar über das St.G.B., Berlin 1879; Olshausen zum Reichs-St.G.B., 2. Auflage, Berlin 1885 ff.[4]).

2) Ueber Feuerbach vgl. L. Feuerbach, Feuerbach's Leben und Wirken, Leipzig 1852; Glaser, Schriften I S. 21 ff.; Geyer, Festrede, München 1875 (krit. Viertelj.schr. 1876). — Ueber Wächter vgl. Dernburg, Halle 1880; Seeger, Unsere Zeit 1880. Ueber Geib vgl. Lueder, Leipzig 1864; über Zachariae (H. Meyer), Gerichtssaal 1875 S. 505 ff.

3) Bei der Würdigung Oppenhoff's wird nicht selten verkannt, daß der Kommentar desselben zum preußischen St.G.B. zwar an manchen Einseitigkeiten leidet, der Rechtspflege aber in hohem Maße genützt hat zu einer Zeit, als die theoretischen Darstellungen sich zum großen Theil in Allgemeinheiten ergingen. Ueber Oppenhoff's Mitwirkung bei der hannoverschen Gesetzgebung (Straf- und Civilproceßordnung) siehe Teichmann in v. H. Rlexicon.

4) Außerdem eine Reihe kleinerer Kommentare von Fr. Meyer, Schwarze (Handausgabe), Puchelt, Hahn, v. Kirchmann, Osius, Daude, sowie Textausgaben mit Anmerkungen, hauptsächlich von Rüdorff 13 Auflage, Berlin 1885 und Olshausen 2. Auflage

β) von systematischen Darstellungen: Berner, Lehrbuch 13. Auflage Leipzig 1884; Schütze, Lehrbuch 2. Aufl. Leipzig 1874 (Anhang 1877); v. Holtzendorff, Handbuch (in Beiträgen verschiedener Verfasser) 3 Bde. Berlin 1873 f., 4. Bd. 1877; Hälschner, das gemeine deutsche Strafrecht Bd. I Bonn 1881, Bd. II, 1 Bonn 1884; Wächter, das deutsche Strafrecht (Vorlesungen) Leipzig 1881, Beilagen zu Vorlesungen Stuttgart 1877; v. Liszt, Lehrbuch 2. Auflage Berlin und Leipzig 1884; v. Bar, Handbuch Bd. I (Geschichte) Berlin 1882 [5]).

d) Von Untersuchungen über die allgemeineren Fragen des Strafrechts sind zu bemerken: Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des peinlichen Rechts 2 Thle. 1799 und 1800; Stübel, über den Thatbestand der Verbrechen Wittenberg 1805; Rosshirt, Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts Heidelberg 1828; Luden, über den Thatbestand der Verbrechen Göttingen 1840 (Abhandlungen Bd. 2); Köstlin, neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts Tübingen 1845; Bekker, Theorie des Strafrechts Leipzig 1859; Geyer, Erörterungen über den allg. Theil Innsbruck 1862; Wahlberg, criminalistische und nationalöconomische Gesichtspuncte Wien 1872; Binding, die Normen und ihre Uebertretung I Leipzig 1872, II 1877; Hertz, das Unrecht und die allgem. Lehren Hamburg 1880; Hrehorowicz, Grundbegriffe des Strafrechts 2. Aufl. Dorpat 1882.

e) Gesammelte Abhandlungen sind erschienen von Kleinschrod (1793 ff.); Henke (1807); Bayl (1813); Werner (1820); Martin (Abhandlungen Mehrerer) (1822); Hudt-

Berlin 1884; eine Ausgabe von Solms berücksichtigt das Militärstrafrecht — Vgl. auch Binding, die gemeinen deutschen Strafgesetzbücher I Einleitung. 2. Aufl. Leipzig 1877.

5) Vgl. auch Geyer in v. Holtzendorff's Encyclopädie 4. Aufl., Berlin 1882 S. 669 ff. Ferner Grundrisse von Hermann, Lueder (2. Aufl.), v. Bar (2 Aufl.), Binding (allg. Theil, 3. Aufl), Geyer (1884 f.). Ein Anachronismus ist Temme, Lehrbuch des gem. deutschen Strafrechts, Stuttgart 1876, der das frühere gemeine Recht als fortgeltend behandelt und das Reichsstrafrecht nur als particuläres Recht hinzufügt.

walcker und Trummer (1825 ff.); Hepp (1827); Abegg (1830); Wächter (Sittlichkeitsdelicte) (1835); Hohbach (1836); Luden (1836, 1840); Ziegler (1838); Bauer (1840 ff.); Köstlin (ed. Gessler 1858); Krug (2. Aufl. 1861); Seeger (I 1858, II 1862); v. Buri (1862); John (Kritiken 1866); Merkel (I u. II 1867); Glaser (Schriften 2 Bde. 1868); Otto (Aphorismen 1873); Wahlberg (Schriften 2 Bde. 1875 ff.). — Vgl. ferner: Ortloff, die strafbaren Handlungen 1863; v. Jagemann und Brauer, Criminallexicon 1854; Weiske, Rechtslexicon 1839 ff.; v. Holtzendorff, Rechtslexicon 3. Aufl. 1880 ff.

f) Von Zeitschriften sind zu erwähnen a) frühere: Bibliothek für peinliche Rechtswissenschaft 1798—1804; Archiv des Criminalrechts (1799—1857); Hitzig's Annalen 1828 ff. und Zeitschrift für Criminalrechtspflege in Preußen 1826—1833; v. Groß, Strafrechtspflege 1858—1861; v. Holtzendorff, Strafrechtszeitung 1861—1874. — b) jetzige: der Gerichtssaal 1849 ff., seit 1872 herausgegeben von v. Schwarze; Goltdammer's Archiv für preußisches Strafrecht seit 1853, jetzt Archiv für Strafrecht; Zeitschrift für die gesammte Strafrechtspflege seit 1881, herausgegeben von v. Liszt und Dochow, jetzt v. Lilienthal; das Tribunal (hauptsächlich Mittheilung von Rechtsfällen) herausgegeben von Belmonte seit 1885 [6]).

g) Sammlungen von Entscheidungen: a) frühere: Annalen der badischen Gerichte 1833 ff.; Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Kassel 1842—1852; Heuser, Annalen der Justizpflege, Kassel 1854 ff.; Sitzungsberichte der bayerischen Strafgerichte; Temme, Archiv für strafr. Entscheidungen 1854—1858; Annalen des Dresdener O.A.G. 1860 ff.; Oppenhoff, Rechtsprechung des preuß. Obertribunals (bezw. Oberappellationsgerichts) 1860—1879; Entscheidungen des O.A.G. zu Lübeck 1866 ff.; Entscheidungen des obersten Ge-

6) Von allgemeineren Zeitschriften die Münchener kritische Vierteljahrschrift; die Zeitschrift für öffentliches und Privatrecht von Grünhut; die Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft; die Zeitschrift der Savigny-Stiftung (geschichtlich); das Magazin für deutsches Recht; die sächsische Gerichtszeitung; das württemb. Archiv u.s.w.

richtshofes für Bayern 1872 - 1880; Pezold, die deutsche Strafrechtspraxis I 1876, II 1879 — b) jetzige: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, herausgegeben von Mitgliedern des Gerichtshofs, Leipzig seit 1880; Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen, herausgegeben von Mitgliedern der Reichsanwaltschaft, München und Leipzig seit 1879; Johow und Küntzel, Sammlung für Entscheidungen des Kammergerichts 1881 ff.; Entscheidungen des Oberlandesgerichtes München 1881 ff.

h) Sammlungen von Rechtsfällen: C. Meister 1771 ff.; Klein 1796 ff.; J. Meister 1808; Feuerbach, merkwürdige Criminalrechtsfälle 1808, actenmäßige Darstellung merkwürdiger Verbrechen 1828 f.; Pfister 1814 ff.; Tittmann 1815; Bopp 1834; Bauer 1835 ff.; Wendt 1836; Scholz 1840 f. — In neuerer Zeit wird die Mittheilung erheblich erschwert durch die Natur des mündlichen Verfahrens; vgl. aber dennoch eine Menge von Mittheilungen, theils in Einzeldarstellungen, theils in den strafrechtlichen Zeitschriften, insbesondere dem oben erwähnten „Tribunal". Mehr volksthümlich: Pitaval, causes célèbres, Paris 1734 ff., Amsterdam 1772 ff. (mit deutschen Uebersetzungen, u. A. Jena 1792 ff. mit Vorwort von Schiller); der neue Pitaval, ed. Hitzig u. Häring („Willibald Alexis") 1842 ff., jetzt Vollert, neue Serie 1857 ff. — Rechtsfälle zum akademischen Gebrauch: Zachariae, Geschichtserzählungen 1835; Osenbrüggen, Kasuistik 1854; Rulf, Strafrechtsfälle 1874; v. Bar, Strafrechtsfälle 1875; Dochow, Strafrechtsfälle 3. Aufl. (ed. v. Liszt) 1884.

2) Was die Litteratur der Hülfswissenschaften betrifft, vgl.

a) die Litteratur der Gefängnißwissenschaft unten bei der Freiheitsstrafe;

b) gerichtliche Medicin: Henke, Lehrbuch 2. Ausg. 1819; Meckel, Lehrbuch 1821; Krahmer, Handbuch 2. Aufl. 1857; Buchner 2. Aufl. 1872; Schürmeyer 4. Aufl 1874; Casper, Handbuch 2 Bde., 7. Aufl. (Liman) 1881; Hofmann 2. Aufl. 1880; Kornfeld 1884; Maschka, Handbuch 4 Bde. (in Beiträgen Verschiedener) Tübingen 1881 ff. — Von Zeitschriften: Casper's Vierteljahrschrift und Friedreich's Blätter für gerichtliche Medicin.

c) Gerichtliche Psychologie: Friedreich 2. Aufl. 1842; Griesinger, Pathologie und Therapie der psychischen Krankheiten 4. Auflage Stuttgart 1876; Leidesdorf 1863; v. Krafft-Ebing, Grundzüge 2. Aufl. 1882, Lehrbuch der gerichtlichen Psychopathologie 1875; Schüle 1878; Skrzeczka, v. Holtzendorff's Handbuch II S. 219 ff.; Maschka's Handbuch Bd. IV (Mehrere). — Auch Maudsley, Zurechnungsfähigkeit (intern. wissensch. Bibl. 1875); Liman, zweifelhafte Geisteszustände Berlin 1869; Hagen, Chorinsky Erlangen 1872; Friedberg, Gutachten Braunschweig 1875; Spitta, die Willensbestimmungen und ihr Verh. zu den impulsiven Handlungen Tübingen 1881; Krauß, die Psychologie des Verbrechens Tübingen 1884.

d) von criminalanthropologischen Arbeiten vgl. u. A. Casper, Mörderphysiognomieen Berlin 1854; Benedict, über Verbrechergehirne Wien 1879; Lombroso, l'uomo delinquente 3. Auflage Turin 1885; das Verbrechen in den Kinderjahren (Goltd. Archiv 1884 S. 1 ff.); vgl. auch Zeitschrift für Strafrechtswiss. 1883 S. 457 ff.; Ferri, das Verbrechen in s. Abhängigheit vom Temperaturwechsel, Zeitschrift für Strafrechtswiss. 1882 S. 11 ff.

e) Strafstatistik: Quetelet, sur l'homme 1845 (übersetzt von Riecke 1838), physique sociale 1869 (übersetzt von Adler 1856); v. Oettingen, Moralstatistik 3. Aufl. Erlangen 1882, Bildung und Sittlichkeit (baltische Monatsschrift 1883); Köhne, Gerichtssaal 1879 S. 254 ff.; Stursberg, die Zunahme der Verbrechen und Vergehen 5. Aufl. 1879; Starke, Verbrechen und Verbrecher in Preußen Berlin 1884 [8]).

f) Straf- oder Criminalsociologie: Avé-Lallement, das deutsche Gaunerthum 3 Bde. Leipzig 1858 ff.; Thiele,

7) Vgl. auch oben Seite 21 Anm. 18.

8) Der, insbesondere den Klagen von Stursberg gegenüber, eine unverhältnißmäßige Vermehrung der Delicte (bis 1878) im Großen und und Ganzen in Abrede stellt und auf vielfache Mißverständnisse in dieser Hinsicht mit Recht aufmerksam macht. Vgl. andererseits Mittelstädt, Zeitschrift 1884 S. 391 ff., sowie v. Liszt, Zeitschrift 1884 S. 324. Eine feste Grundlage der Beurtheilung wird erst durch die (begonnene) Reichsstatistik ermöglicht sein.

die jüdischen Gauner in Deutschland 2. Aufl. Berlin 1848; v. Valentini, Verbrecherthum im preuß. Staat Leipzig 1869; Wahlberg, criminalistische und nationalöconomische Gesichtspuncte Wien 1872; Schrader, das Verbrecherthum in Hamburg Hamburg 1879; Spengler, aus Kerkermauern Heidelberg 1884; Ω. Σ., die Verbrecherwelt von Berlin, Zeitschrift für Strafrechtswiss. 1884, 1885; Schilderungen von v. Bar, Geyer, v. Holtzendorff, v. Lamezan in der deutschen Rundschau, der deutschen Revue u.s.w.

g) Straf- oder Criminalpolizei: Stieber, Lehrbuch der Criminalpolizei Berlin 1860; Ortloff, Lehrbuch der Criminalpolizei, Leipzig 1881; Avé-Lallement, Physiologie der Polizei Leipzig 1882.

Erster oder allgemeiner Theil.

Die

Allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze.

§. 15 (16).

Im Allgemeinen.

1) Zwei große Klassen sind es, in welche die strafrechtlichen Grundsätze zerfallen, indem dieselben nämlich entweder a) auf alle Delictsarten und deren Bestrafung Bezug haben oder doch Bezug haben können (allgemeine Grundsätze), wie dies z. B. mit den Grundsätzen über die Zurechnungsfähigkeit, über Versuch und Theilnahme der Fall ist, oder b) die einzelnen Delictsarten, z. B. Tödtung, Diebstahl, Urkundenfälschung betreffen (besondere Grundsätze).

2) Hiervon sind es naturgemäß die ersteren, welche, wie schon in der Gesetzgebung, so auch (und vor Allem) in der wissenschaftlichen Darstellung, voranzustellen sind und den Inhalt des sog. Allgemeinen Theiles bilden, dessen klare Unterscheidung von dem Besonderen Theil sich erst als eine neuere Errungenschaft darstellt, da manche allgemeineren Lehren noch bis in die neuere Zeit bei irgend einer besonderen Delictsart zur Darstellung gelangten [1]).

3) Doch ist auch der Inhalt des allgemeinen Theils durchaus positivrechtlicher Natur und darf keineswegs der Speculation entnommen werden [2]); vielmehr haben auch die allgemeinen Grundsätze Anspruch auf rechtliche Gültigkeit nur dann, wenn sie ausdrücklich oder stillschweigend, unmittelbar oder mittelbar ihre Anerkennung im positiven Rechte gefunden

1) Nicht nur in der Carolina, sondern noch im braunschweigischen St.G.B. von 1840 wird die Nothwehr bei den Delicten gegen Leib und Leben behandelt.

2) Nicht richtig also war es, wenn von Feuerbach der allgemeine Theil als philosophischer Theil des Strafrechts bezeichnet wurde.

haben. Da es sich jedoch eben um allgemeine Begriffe handelt, so können die auf sie bezüglichen Anordnungen im Gesetze selbst verhältnißmäßig kurz sein, während ihre Erörterung in der wissenschaftlichen Darstellung einen verhältnißmäßig bedeutenden Raum einnimmt.

4) Was endlich die Anordnung oder Systematik des Allgemeinen Theils betrifft, so gehört in denselben

a) die Lehre vom Strafgesetz, die häufig in die Einleitung gestellt wird [3]), aber mit Unrecht, da sie sich als die rechtliche Grundlage der Bestrafung [4]) und mithin als ein wesentlicher Theil der strafrechtlichen Grundsätze darstellt [5]);

b) die Lehre von den thatsächlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit, wohin aber nicht, wie allgemein geschieht, nur die Lehre vom Delict oder die strafbare Handlung zu stellen ist, sondern zugleich die Lehre von denjenigen Umständen, welche noch außer dem Delict als Voraussetzung der Strafbarkeit erscheinen [6]);

c) die Lehre von der Strafe, oder, da die allgemeinen Gesichtspuncte über die Strafe schon in der Einleitung vorkamen, von den einzelnen Strafmitteln oder Strafarten;

d) die Lehre von dem Strafmaß oder von den Grundsätzen, welche für die Anwendung der Strafe auf den einzelnen Fall als maßgebend erscheinen.

Dabei sind aber die unter a und b sowie die unter c und d zusammenzufassen, sodaß sich als richtige Eintheilung ergiebt

3) So auch von uns in der 1. und 2. Auflage; ebenso neuerdings von v. Liszt.

4) Keineswegs aber ist es nöthig oder angemessen, sie als Lehre vom objectiven Strafrecht der Lehre vom subjectiven Strafrecht gegenüber zu stellen und alle anderen Lehren des allgemeinen Theils in der Lehre vom subjectiven Strafrecht unterzubringen (Binding). Vgl. dagegen schon oben Seite 57.

5) Daß dieselbe zugleich einen Theil der allgemeinen Rechtslehre bildet (v. Liszt), steht nicht entgegen.

6) Welche Umstände der Regel nach in die Lehre von der Strafanwendung gestellt werden, und zwar unter dem Titel Voraussetzungen der Strafanwendung, wobei verkannt wird, daß das Delict die hauptsächlichste Veraussetzung dieser Art bildet. Richtig Samuely, Gerichtssaal 1880 S. 1 ff.

a) die Lehre von den Voraussetzungen der Strafbarkeit [7]) und zwar

α) von den rechtlichen Vorraussetzungen der Strafbarkeit oder die Lehre vom Strafgesetz;

β) von den thatsächlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit, insbesondere die Lehre von der strafbaren Handlung oder dem Delict;

b) die Lehre von der Strafbarkeit selbst, und zwar

α) die Lehre von den Strafmitteln oder Strafarten und

β) die Lehre von dem Maß der Strafe oder der Strafanwendung.

7) Dadurch erledigt sich auch die Frage, ob die Lehre vom Delict vorangestellt werden soll (wie gewöhnlich) oder die Lehre von der Strafe (wie von Wächter u. Schütze), und zwar im ersteren Sinne.

Erste Abtheilung.

Die Voraussetzungen der Strafbarkeit.

Erster Abschnitt.

Die rechtlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit oder das Strafgesetz.

§. 16 (17).

Im Allgemeinen.

1) Unter Strafgesetz im weiteren Sinne ist eine jede auf die Bestrafung bezügliche rechtliche Vorschrift zu verstehen, unter Strafgesetz im engeren Sinne nur diejenige rechtliche Vorschrift, durch welche eine Handlung (oder Unterlassung) unter Strafe gestellt wird.

2) Was aber die Bestrafung einer Handlung betrifft, so wäre nicht undenkbar, daß es dem Gericht überlassen würde, die ihm geeignet erscheinenden Handlungen zu bestrafen, wie dieß auch in der That sowohl im Alterthum, wie im Mittelalter der Fall war und in einigen Ländern noch heute der Fall ist[1]). Doch ist begreiflich, daß im Interesse der Sicherheit des Rechtszustandes und der persönlichen Freiheit schon das gemeine Recht[2]) und noch bestimmter die neueren deutschen Gesetzgebungen (St.G.B. §. 2) sich gegen eine der-

1) Vgl. den Comitialprocess der Römer und die altdeutschen Schöffengerichte, in denen nicht durchaus nach dem geltenden Rechte entschieden zu werden brauchte. Ferner den schottischen und selbst noch den englischen höchsten Gerichtshof, dem man noch heute eine ähnliche Befugniß zuschreibt.

2) Vgl. die Carolina Art. 104, durch welche wenigstens die Verhängung einer peinlichen Strafe an das Vorhandensein einer rechtlichen Vorschrift geknüpft wird.

artige willkürliche Bestrafung und für den Grundsatz: nullum crimen nulla poena sine lege erklärt haben.

3) Keineswegs freilich brauchte dies zu bedeuten, daß nur auf Grund eines Gesetzes gestraft werden dürfe, wie denn lange Zeit hindurch gerade in Deutschland das Strafrecht größtentheils auf Gewohnheitsrecht beruht hat. Doch hat die neuere Gesetzgebung dem obigen Satze in der That jene besondere Wendung gegeben, indem u. A. im geltenden Rechte (St.G.B. §. 2) bestimmt ist, daß eine Strafe nur auf Grund eines Gesetzes verhängt werden dürfe, — ein Satz, dem freilich nur solange Gültigkeit zukommt, als nicht er selbst (gesetzlich oder) durch Gewohnheitsrecht außer Kraft gesetzt sein sollte, was in absehbarer Zeit nicht geschehen wird. Auch steht derselbe der negativen (derogirenden) Wirkung des Gewohnheitsrechts nicht entgegen, von der aber ebenfalls nach der Natur des heutigen Rechtszustandes nur in sehr beschränkter Weise die Rede sein kann [3]. Ebensowenig ist in ihm eine rechtliche Schranke hinsichtlich der strafrechtlichen Nebenfragen gegeben.

4) Ueber die Entstehung des Strafgesetzes und den Eintritt seiner Gesetzeskraft gelten die allgemeinen Grundsätze wie für Gesetze überhaupt, wonach die Gesetzeskraft der Reichsgesetze (Reichsverfassung Art. 2), wenn in ihnen selbst nichts Besonderes bestimmt ist, mit dem vierzehnten Tage nach der Ausgabe des Reichsgesetzblattes in Berlin eintritt [4]. Eine Ausnahme machen die Konsulargerichtsbezirke [5], in welchen diese Frist auf vier Monate bestimmt ist.

5) Zu den Strafgesetzen im weiteren Sinne gehören auch die Strafverordnungen [6], zu deren Erlaß die Behörden in verschiedener Art befugt sind, nämlich entweder in der Art,

3) Höchstens auf dem Gebiete des Landesstraftrechts, auf dem es sich fragen kann, welche älteren Vorschriften noch gelten und welche als veraltet erscheinen. Auch gegen diese negative Wirkung des Gewohnheitsrechts v. Liszt, S. 70, Janka, öst. Strafrecht S. 33.

4) Eine längere Frist (45 Tage) hat Oesterreich.

5) Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit §. 47.

6) Rosin, Polizeiverordnungsrecht in Preußen Berlin 1882; Gneist, Polizeiverordnungsrecht (Rechtslexicon).

daß ihnen nur eine Ergänzung des Strafgesetzes (Ausfüllung einer im Strafgesetze absichtlich gelassenen Lücke) oder in der Art, daß ihnen die selbständige Bedrohung einer Handlung zusteht [7]), was aber mehrfach an die Zustimmung von Körperschaften der Selbstverwaltung geknüpft ist.

6) Innerhalb des Strafgesetzes sind zwei Bestandtheile, nämlich der Thatbestand, an welchen die Strafe geknüpft wird, und die Strafdrohung zu unterscheiden, und zwar ohne daß in der Aufstellung jenes Thatbestandes ein besonderer Rechtssatz oder eine sog. Norm erblickt werden dürfte (vgl. oben Seite 33 f.) [8]). Dabei kann es sein, dass die Strafdrohung gemeinrechtlich, der Thatbestand landesrechtlich, die Strafdrohung gesetzlich, der Thatbestand durch Verordnung [9]), und insbesondere auch, daß die Strafdrohung reichsgesetzlich, der Thatbestand durch Landesverordnung bestimmt ist [10]).

7) Ersteres im Reich sowie in den süddeutschen Staaten (vgl. Württemb. Strafgesetz Art. 51). Letzteres in Preußen, wo auf Grund des Gesetzes über die Organisation der allgemeinen Landesverwaltung von 1880 §. 72 ff. die Behörden zum Erlaß von Strafverordnungen (nicht zu verwechseln mit den oben Seite 8 f., erwähnten Ungehorsamsstrafen) bis zu 30, bezw. 60 und 100 Mark befugt sind. Augenscheinlich ist aber dieser letztere Weg den Anforderungen des Rechtsstaates weniger entsprechend, ein Bedenken, das auch durch die Mitwirkung der Selbstverwaltungskörper nicht völlig erledigt wird. Anderer Meinung Rosin S. 51. — Der Unterschied wird dadurch verringert, daß auch der in den anderen Gesetzen den Behörden gelassene Spielraum der Regel nach nicht gering ist.

8) Der Ausdruck „Norm" sollte dem vorbehalten werden, wofür er in den Einführungsgesetzen zu den Reichsjustizgesetzen (Einf G. zur Straf-P.O. § 7, zur Civil P.O. §. 12) verwandt wird, wonach er jeden Rechtsatz bedeutet.

9) Für alle diese Fälle wird wohl der Ausdruck Blankettstrafgesetze (Binding) oder blinde Strafdrohungen (Heinze) oder auch offene Strafdrohungen (Janka) verwendet. Beispiele: St.G.B. §. 145 und Gesetz über die Schonzeit von Robben 1878 (Reichsgesetz mit dem Vorbehalt kaiserlicher Verordnung); St.G.B. §. 368 Nr. 2 (Reichsgesetz mit dem Vorbehalt der Regelung durch Landesgesetz oder Landesverordnung); St.G.B § 361 Nr. 6, §. 366 Nr. 1, 10; §. 367 Nr. 2, 5, 14; Nahrungsmittelgesetz §§. 5—7 (Reichsgesetz mit dem Vorbehalt der Landesverordnung).

10) Ein Fall, der schon unter Nr. 4 erwähnt wurde.

7) Was aber die Art der Strafandrohung betrifft, so werden in dieser Beziehung absolut bestimmte, relativ bestimmte und absolut unbestimmte Strafgesetze unterschieden, je nachdem mit dem Delicte eine genau bestimmte Strafe verknüpft oder dem Richter ein gewisses Ermessen gelassen oder die Strafe völlig unbestimmt gelassen ist, wobei der letztgenannte Weg sich offenbar als ganz ungeeignet darstellt [11]) und dem zweiten entschieden der Vorzug vor dem ersteren zukommt [12]).

8) Ein nur äußerlicher Unterschied besteht darin, ob die strafrechtliche Vorschrift sich im St.G.B. selbst oder in irgend einem Nebengesetze befindet. Fließend ferner ist der (hiervon unabhängige) Unterschied, ob man es mit einer mehr generellen oder mehr speziellen Vorschrift zu thun hat, wobei auch hier die speciellere Regelung der generellen Regelung vorgeht [13]) und ein neues generelles Gesetz nicht von selbst das ältere specielle Gesetz aufhebt.

9) Von einer Beschränkung des richterlichen Prüfungsrechts (hinsichtlich der verfassungsmäßigen Entstehung des Gesetzes) ist gegenüber den Reichsgesetzen, wie auch nach den meisten Landesgesetzen gegenüber diesen, nicht die Rede [14]).

10) Wenn endlich über den Zweck des Strafgesetzes gestritten worden ist, so ist der Hauptzweck des Strafgesetzes offenbar der, den zur Mitwirkung bei der Bestrafung berufenen Personen als Anweisung und Grundlage für ihre Thätigkeit zu dienen, womit sich aber der Nebenzweck einer Belehrung aller

11) Er grenzt an die gerichtliche Willkür, von der oben (unter Nr. 2) die Rede war, und ist im geltenden Recht völlig verlassen. Ueber absolut unbestimmte oder „arbiträre" Strafen des früheren Rechts vgl. Birnbaum, Archiv 1832.

12) Vgl. oben Seite 55 f. und unten die Lehre von der Strafanwendung.

13) Vgl. z. B. Reichsgericht III 26. Juni 1880, daß die Steuergesetze den Vorschriften des St.G.B. vorgehen, soweit in ihnen eine wirkliche Regelung der betreffenden Materie (siehe unten §. 17) vorliegt.

14) Anders Preußen, Verfassungsurkunde Art. 106, eine Beschränkung, die auch auf die Rechtsgültigkeit des auf seine Ergänzung durch Polizeiverordnung verweisenden Landesgesetzes zu beziehen ist (Rosin, Polizeiverordnungsrecht S. 189).

übrigen Personen verbindet [15]). Uebertreter des Strafgesetzes ist aber genau genommen nicht der Thäter [16]), von welchem vielmehr umgekehrt die Bedingung für die Anwendung des Strafgesetzes erfüllt wird, sondern Derjenige, von welchen das Strafgesetz zur Anwendung gebracht werden sollte und etwa nicht oder nicht richtig zur Anwendung gebracht wird.

§. 17 (18).

Auslegung und Anwendung [1]).

1) Für die Auslegung des Strafgesetzes gelten im Allgemeinen dieselben Grundsätze, wie für die Auslegung von Gesetzen überhaupt, wonach insbesondere die Vorarbeiten oder die sog. Materialien des Gesetzes nicht einseitig benutzt werden dürfen [2]) und, zwar Druckfehler, nicht aber Redactionsversehen im Wege der Auslegung verbessert werden dürfen [3]). Was insbesondere noch das Verhältniß des geltenden Rechts zum früheren Rechte betrifft, so ist es ebenso richtig, daß das

15) Anders Binding, Normen I S. 13 ff., nach welchem der Zweck des Strafgesetzes der sein soll, dass sich durch dasselbe das Recht des Staates zu strafen in eine Pflicht desselben zu strafen verwandelt. Gegen diese Trennung von Recht und Pflicht vgl. oben Seite 57, wozu noch hinzukommt, daß der Erlaß des Strafgesetzes nur eine Verpflichtung der betheiligten Organe des Staates nicht des Staates selber begründet, wie ja im Begnadigungsrecht genügend hervortritt.

16) Richtig Binding, Normen I S. 3 ff.

1) Jordan, Auslegung der Strafgesetze Landshut 1819; Schaffrath, Theorie der Auslegung Leipzig 1842; Krug, Grundsätze der Gesetzesauslegung Leipzig 1848; Wächter, Archiv 1844, Gerichtsaal 1877; Merkel, v. H. Handb. II S. 67 ff. IV S. 75 ff; Sturm, Recht und Rechtsquellen S. 136 ff.

2) Vgl. Goldschmidt, Ztschr. für Handelsrecht Bd. X; Schlesinger, Gött. gel. Anzeigen 1864; Hermann Meyer, Gruchot's Beiträge Bd. 23; Deutschmann daselbst Bd. 24. — Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes völlig zu verwerfen, ist freilich ebenso bequem wie unrichtig.

3) Anderer Meinung Sontag, Redactionsversehen Freiburg 1874; Schütze, Goltd. Archiv 1872 S. 305 ff. Vgl. aber Wächter, Gerichtssaal 1877 S. 321 ff. — Beispiele eines Druckfehlers Mil.St.G.B. §. 141 (bestritten, ob Druckfehler oder Redactionsversehen, §. 95).

Reichs-St.G.B. als ein neues und selbständiges Gesetzbuch aufzufassen ist, wie daß das preußische St.G.B. als Grundlage für dasselbe in Betracht kommt [4]).

2) Auch im Strafrecht ist neben dem normalen Fall, daß Sinn und Ausdruck des Gesetzes sich decken, und neben der sog. einschränkenden oder restrictiven Auslegung (wenn der Sinn des Gesetzes hinter dem Ausdruck zurückbleibt) eine sog. ausdehnende oder extensive Auslegung (wenn der Sinn des Gesetzes über den Ausdruck hinausgeht, dieser aber noch als Träger des gesetzgeberischen Gedankens angesehen werden kann) gestattet, bezw. geboten [5]).

3) Im Zweifel aber hat im Strafrecht der Satz: in dubio mitius (entsprechend dem strafprocessualen Satze: in dubio pro reo) zu gelten [6]), ein Satz, der auf dem allgemeinen Grunde beruht, daß jede belastende und beschränkende Maßregel voll begründet sein muß, um zur Anwendung zu kommen, und der im Privatrechte nur deßwegen weniger hervortritt, weil es hier auf die Entscheidung zwischen einander gegenüber stehenden Privatinteressen ankommt.

4) Und auf einem ähnlichen Grunde beruht es, wenn der sinngemäßen oder analogen Anwendung [7]) des Strafgesetzes im neueren Rechte eine Schranke gesetzt ist. Während es nämlich an sich dem richterlichen Ermessen überlassen sein würde, ob und wie weit auch im Strafrecht die vorhandenen Vorschriften analog anzuwenden seien [8]), ist in den

4) Vgl. die Aeußerung Friedberg's bei den Verhandlungen (Sten. Bericht I S. 442 f.); Reichsgericht I 29 Jan. 1880, I 4 März 1880.

5) Vgl. z. B. St.G.B. S. 49, wo der Ausdruck „Rath" von jeder Art der intellectuellen Beihülfe; § 243 Nov. 2, wo der Ausdruck „Einsteigen" auch von Einkriechen u. dgl.; §. 249, wo der Ausdruck Gewalt auch von Betäubung zu verstehen ist (die beiden letzteren Beispiele allerdings bestritten.)

6) Vgl. schon Lex 5 und Lex 42 Dig. de poenis 48, 19.

7) Unfruchtbar ist die Unterscheidung zwischen Gesetzes- und Rechtsanalogie (Wächter), auch neuerdings in nicht recht verständlicher Weise verwerthet (v. Liszt S. 71).

8) So das ältere Recht, und zwar außer dem römischen Recht (L. 12, 13, 27 Dig. de legibus 1, 3; l. 7 §. 3 Dig. ad legem Juliam maj. 48, 4) die Carolina Art. 105, die nur die Grenze zog, daß keine pein-

meisten neueren Gesetzgebungen [9]) und so auch im Reichs-St.G.B. (§. 2) die Bestimmung getroffen, daß nur auf Grund eines Gesetzes, also nicht nach bloßer Analogie eine Strafe verhängt werden dürfe. Grundsätzlich genommen keineswegs selbstverständlich, ist diese Bestimmung nur durch die Rücksicht auf die Festigkeit und Bestimmtheit der Rechtspflege und auf den Schutz der persönlichen Freiheit gerechtfertigt [10]). Grade deßwegen aber wäre es unrichtig, sie auch auf negative strafrechtliche Vorschriften (über Schuld- und Strafausschließungs- sowie über Milderungsgründe) auszudehnen [11]) oder ihr eine Beziehung auf strafrechtliche Nebenbestimmungen zu ertheilen. Von selbst aber versteht sich, daß sie ebensogut auf straferschwerende Umstände, wie auf den Thatbestand selbst, ebensogut auf die Verhängung einer weiteren Strafe, wie auf die Criminalisirung einer weiteren Handlung Bezug hat.

§. 18 (14).

Reichs- und Landesstrafrecht [1]).

1) Unzweifelhaft ist die in der Reichsverfassung (Art. 4 Nro 13) ausgesprochene Zuständigkeit des Reichs für Straf-

liche Strafe anders als auf Grund ausdrücklicher Vorschrift verhängt werden sollte (Art. 104).

9) Eine Ausnahme machte nur Braunschweig 1840; nicht Sachsen 1838, Württemberg 1839, Thüringen 1850. Vgl. württemb. Verhandlungen über diesen Punct bei Hufnagel, Kommentar I S. 3 ff.

10) Unrichtig Binding, Zeitschrift für Strafrwiss. 1881 S. 11, der dieselbe mit der Feuerbachschen Zwangstheorie verbindet, während schon das Josephinische St G.B. von 1787 sie ausspricht.

11) Doch steht auch hier meistens das argumentum a contrario entgegen. Ueber einzelne Fragen vgl. die Lehren von der Zurechnungsfähigkeit, von Nothwehr und Nothstand u.s.w.

1) Heinze, Reichsstrafrecht und Landesstrafrecht Leipzig 1871, v. H. Handb. II S. 3 ff,; Schwarze, Gerichtssaal 1870; v. Holtzendorff, John, Meves in v. H. Strafrechtszeitung 1870 und 1871; v. Bar, krit Vierteljahrschrift 1872; Kayser, v. H. Handb. IV. S. 3 ff.; Herrmann, badischer Kommissionsbericht 1871; Binding, Antagonismus zwischen dem d. St.G.B. und dem badischen Einfg. Freib. 1871.

recht auf das ganze strafrechtliche Gebiet zu beziehen, sodaß auch die Delicte gegen den Einzelstaat und die Delicte der Landesbeamten [2]), ferner auch Strafbestimmungen polizeilicher Art [3]) und endlich auch Strafbestimmungen mit localen Ausnahmen und selbst local begrenzte Strafbestimmungen hierher gehören [4]).

2) Was aber die wirklich erlassenen Reichsgesetze betrifft, so steht fest, daß die reichsrechtliche Regelung eines strafrechtlichen Gegenstandes jede entgegenstehende landesrechtliche Regelung desselben ausschließt, ein Grundsatz, der, schon in Art. 2 der Reichsverfassung enthalten, mit Beziehung auf das Reichs-St.G.B. in §. 2 des Einf.-G. zu demselben wiederholt ist. Und zwar mit der Ausdehnung, daß alle denselben Gegenstand [5]) auch nur betreffenden Vorschriften für ungültig erklärt sind; immerhin aber wird es sich auch in strafrechtlicher Hinsicht darum handeln, wie weit der betreffende Gegenstand reichsrechtlich geregelt werden sollte, was ausdrücklich oder stillschweigend geschehen sein kann, wonach man ein einfaches und ein concludentes (bedeutungsloses oder bezeichnendes Schweigen) des Gesetzes unterscheidet.

3) Wie sich danach die Grenze zwischen Reichs und Landesstrafrecht gestaltet, ist nur im Einzelnen (bei den betreffenden Lehren) zu bestimmen, wonach z. B. neben der reichsgesetzlichen Bedrohung der vorsätzlichen Sachbeschädigung die landesgesetzliche Bedrohung der fahrlässigen Sachbeschädig-

2) Anders (de lege ferenda) Heinze, Erörterungen 1870; Zachariae, Gerichtssaal 1868 S. 199 ff., 1869 S. 401 ff.

3) Anders (de lege ferenda) Binding (Kritik des Entwurfs); warum sollen aber über Landstreicherei, Bettelei, groben Unfug u. dgl. verschiedenartige Vorschriften in Deutschland gelten? Sehr richtig Wächter, Beiträge zur Kritik S. 7 f.

4) Anderer Meinung Heinze, Erörterungen S. 18, Gerichtssaal 1878 S. 571 ff. — Vgl. das Preßgesetz, das nicht in Elsaß-Lothringen, und das Vereinszollgesetz, das in den sog. Zollausschlüssen nicht gilt.

5) Das Gesetz bedient sich des Ausdruck's „Materie“, was von einer Gesammtheit zusammengehöriger Beziehungen (nicht ganz logisch Olshausen: von Rechtssätzen) zu beziehen ist. Daß das Wort „Materie“ überhaupt nicht definirt werden könne (v. Liszt), ist unrichtig.

ung, neben der reichsgesetzlichen Bedrohung des Versuchs die landesgesetzliche Bedrohung der Vorbereitungshandlungen ungültig sein würde, wonach ferner das reichsgesetzlich bei bestimmten Delictsarten aufgestellte Antragserforderniß nicht auf andere (reichsgesetzliche) Delictsarten ausgedehnt werden darf u.s.w. Bestritten ist, ob neben der reichsgesetzlichen Vorschrift über den „Meineid" den landesgesetzlichen Vorschriften über die nichteidliche falsche Aussage Gültigkeit zukommt [6]). Sicher ist aber andrerseits, daß die Abschnitte über den „strafbaren Eigennutz", von den „Verbrechen und Vergehen im Amte" und von den „Uebertretungen" (abgesehen von Einzelheiten) nicht abschließend gemeint sind, sondern daß in dieser Beziehung (wie auch, in beschränkter Weise, bei den Amtsdelicten) landesgesetzliche Ergänzungen als zulässig erscheinen.

4) Aber auch soweit dem Landesrecht eine Ergänzung des Reichsrechtes durch eigene Strafvorschriften zusteht, ist demselben eine erhebliche Schranke gezogen, indem demselben nur bestimmte Strafarten und nur Strafen bis zu einer bestimmten Höhe zu Gebote gestellt sind [7]) — eine Einschränkung, die jedoch nur auf neue (nach dem Inkrafttreten des St.G.B.) erlassene, nicht auch auf ältere Landesgesetze zu beziehen ist [8]).

6) Ebenso ob durch die reichsrechtliche Regelung der Delicte gegen die Freiheit die landesrechtlichen Vorschriften über den Sclavenhandel, durch die reichsrechtliche Regelung des Zweikampfs die landesrechtlichen Vorschriften über das Studentenduell aufgehoben sind u.s.w. Siehe darüber bei den betreffenden Lehren.

7) Vgl. Einf. G. §. 5, wo Gefängniß bis zu 2 Jahren, Haft, Geldstrafe, Einziehung einzelner Gegenstände und die Einziehung öffentlicher Aemter (also u. A. nicht die Strafe des Verweises) genannt ist. Nicht gesagt ist, daß die Einziehung und Entziehung öffentlicher Aemter nur (wie reichsgesetzlich) als Nebenstrafen verhängt werden dürfen. Unter öffentlichen Amtern (vgl. St.G.B. §. 31) sind nicht auch kirchliche Aemter zu verstehen, die aber im Wege des Disciplinarverfahrens entzogen werden können.

8) Andrer Meinung Heinze, Reichs- und Landesstrafrecht S. 91, v. H. Handb. II S. 15; theilweise auch Hälschner Strafrecht I S. 104 (mit Ausnahme nämlich der in § 2 des Einf G. ausdrücklich aufrechterhaltenen Gesetze). Doch geht aus den Vorarbeiten hervor, daß die älteren Gesetze überhaupt unberührt bleiben sollten.

5) Es übt ferner das Reichsrecht auf die landesrechtlichen Vorschriften insofern Einfluß, als die denselben nothwendige Ergänzung durch anderweitige, insbesondere allgemeine strafrechtliche Vorschriften [9]) nunmehr nicht dem Landesrecht selbst, sondern dem Reichsrecht zu entnehmen sind. Vgl. Einf.G. §. 3, wo zunächst nur der Fall, daß auf allgemeinere Vorschriften verwiesen wird, genannt ist.

6) Von Reichswegen nicht aufgehoben sind die Strafgesetzbücher der Einzelstaaten [10]), denen mithin, sofern sie nicht landesgesetzlich inzwischen aufgehoben sind [11]), insoweit noch Gültigkeit zukommt, als sie durch das Reichsstrafrecht nicht berührte Bestimmungen enthalten [12]).

7) Andererseits sind gewisse Vorschriften des Landesstrafrechts [13]) reichsgesetzlich (Einf.G. §. 2) ausdrücklich für auf-

9) Nicht nothwendig ist eine solche Ergänzung, wenn das Landesgesetz selbst dergleichen Vorschriften aufstellt, wozu dasselbe jedoch nur insoweit befugt ist, als es sich nicht um wesentliche Voraussetzungen der Strafbarkeit, sondern um Verfügungen innerhalb der reichsgesetzlich geregelten Grenzen der Strafbarkeit handelt. Als zulässig muß danach z. B. hinsichtlich der Zurechnungsfähigkeit die Bestimmung einer höheren, als unzulässig die Bestimmung einer niedrigeren Altersstufe erscheinen; als zulässig die Ansetzung kürzerer, als unzulässig die Ansetzung längerer Verjährungsfristen u.s.w. Zu allgemein für die Zulässigkeit Reichsgericht I 27. Jan. 1881, III 1. Mai 1880.

10) Anders die Entwürfe des Einf.-G., die aber in diesem Punkte auf Widerstand stießen, da manche Strafgesetzbücher Bestimmungen enthielten, die nicht preisgegeben werden sollten.

11) Was aber in den meisten Staaten geschehen ist; nicht in Preußen wo das Verhältniß des Reichs-St.G.B. zum preuß. St.G.B. weniger Anlaß hierzu zu bieten schien.

12) Nicht ist dies der Fall mit dem preußischen StGB., das ja dem Reichs-St.G.B. zu Grunde gelegt wurde, so daß den in das St.GB. nicht herübergenommenen Vorschriften (z. B. Preußen § 270 über die Abhaltung vom Mitbieten bei öffentlichen Versteigerungen) keine Gültigkeit zukommt.

13) Der Ausdruck: „In Kraft bleiben die besonderen Vorschriften, namentlich u.s.w." stammt aus den Entwürfen, welche (vgl. oben) die partic. Strafgesetzbücher aufheben wollten, war also ursprünglich von strafrechtlichen Specialgesetzen zu verstehen; jetzt dagegen sind unter den „besonderen Vorschriften" solche Vorschriften zu verstehen, welche andere Gegenstände als diejenigen des Reichsstrafrechts betreffen.

rechterhalten erklärt worden [14]), und zwar in dem Sinne, daß der Landesgesetzgebung auch die Befugniß künftiger Regelung der betreffenden Gegenstände zusteht. Doch sind einige der hier genannten Gegenstände inzwischen von der Reichsgesetzgebung selbst geregelt worden; so das Preßrecht durch das Reichsgesetz über die Presse von 1874. Ferner ist der auf den Konkurs bezügliche Vorbehalt in Absatz 3 des §. 2 durch die Einführung der Reichs-Konkursordnung (vgl. die Lehre von Bankerott) erledigt.

8) Eine besondere Vorschrift ist endlich noch (Einf.G. §. 6) dahin getroffen, daß seit dem 1. Januar 1872 nur auf die im Reichs St.G.B. verwendeten Strafarten erkannt werden darf [15]), wobei nur ein Vorbehalt für Forst- und Gemeindearbeit gemacht ist. Es hat diese Bestimmung Bedeutung für ältere Landesgesetze, in denen abweichende Strafarten gedroht sein sollten, und die nunmehr unanwendbar erscheinen, sofern diese Strafarten inzwischen nicht umgewandelt sein sollten. — Ohne Einfluß ist, daß das Reichsrecht selbst inswischen einige andere Strafarten verwandt hat [16]).

9) Ein gegen das Reichsrecht verstoßendes Landesgesetz ist ungültig und muß auch von dem Richter des betreffenden Landes selbst als ungültig behandelt werden [17]). Insbesondere

14) Und zwar auch dann, wenn sie einen vom Reichsgesetz selbst (genereller oder in derselben Specialisirung) unter Strafe gestellten Thatbestand betreffen. Nicht ausgeschlossen ist danach, daß derselbe Thatbestand in dem einen Staat nach Landesgesetz, in dem andern nach Reichsgesetz zu strafen sein kann. Zu beachten ist nur diejenige Grenze, die aus dem oben in Anm. 9 Gesagten hervorgeht.

15) Nicht ausgeschlossen sind diejenigen privatrechtlichen Nachtheile, welche keine Strafe sind und ebensowenig diejenigen privatrechtlichen Nachtheile, welche zwar Strafe sind, die aber von selbst eintreten ohne daß auf sie erkannt zu werden braucht (Vgl. jedoch über die Privatstrafen der Selbsthülfe im Besonderen Theil). — Wie an die Strafart selbst, so ist das Gericht auch an den gesetzlichen Höchst- und Mindestbetrag derselben, sowie an ihre Eigenschaft als Haupt- und Nebenstrafe gebunden (Anderer Meinung Olshausen).

16) Vgl. Gewerbeordnung §. 143, Nahrungsmittelgesetz §. 16, Viehseuchengesetz von 1880 §. 63.

17) Der Richter steht in dieser Beziehung genau so, als wenn es sich um Widersprüche derselben Gesetzgebung handelt. Der obigen

war auch die in §. 8 des Einf.G. der Landesgesetzgebung ertheilte Befugniß zu „Uebergangsbestimmungen" nicht auf eine endgültige Regelung ihres eigenen Verhältnisses zur Reichsgesetzgebung zu beziehen.

§. 19 (19).

Das zeitliche Geltungsgebiet[1]).

1) Da das Strafgesetz zu einer bestimmten Zeit und an einem bestimmten Orte hervortritt, so erhebt sich die Frage, welches Geltungsgebiet (Wirkungskreis, Wirksamkeit, Herrschaftsgebiet, Herrschaftsbereich) demselben in beiden Beziehungen zukommt, eine Frage, für welche wohl auch (aber mit Unrecht) der Ausdruck Kollision der Gesetze („Kollision der Statuten") gebraucht wird.

2) Handelt es sich aber zunächst um das zeitliche Geltungsgebiet des Strafgesetzes, so versteht es sich von selbst, daß einem neu erlassenen Strafgesetz alle nach seinem Inkrafttreten begangenen Delicte unterliegen. Zweifelhaft kann nur sein, ob nach demselben auch diejenigen Handlungen beurtheilt werden sollen, welche vor jenem Zeitpuncte begangen wurden, oder ob auf dieselben das zur Zeit ihrer Begehung bestandene, inzwischen aufgehobene Gesetz zur Anwendung gebracht werden müsse. Und zwar kann für die Anwendung des alten Gesetzes angeführt werden, daß doch dieses es ist, welches die That bei ihrer Entstehung beherrschte und allein dem Thäter bekannt sein konnte; für die Anwendung des neuen dagegen,

Verpflichtung haben u. A. die sächsischen Gerichte hinsichtlich der Vorschriften über die Strafbarkeit der nichteidlichen falschen Aussage, die badischen hinsichtlich der Vorschriften über das Studentenduell entsprochen.

1) Zachariae, rückwirkend eKraft Göttingen 1834; Abegg, Archiv 1832; Berner, Wirkungskreis des Strafgesetzes Berlin 1853 S. 50 ff.; Lassalle, System der erworbenen Rechte Leipzig 1861, 2. Auflage 1880; Seeger, rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze Tübingen 1862 (Abhandlungen II, 1), Gutachten für den 9. Juristentag; R. Schmidt, die Herrschaft der Gesetze Jena 1863 S. 186 ff.; Schwarze, v. H. Handb. II S. 25 ff.; Pulvermacher, Francke Goltd. Archiv 1871, 1872; v. Buri, Gerichtssaal 1871; Regelsberger, Rechtslexicon (Rückwirkung).

daß doch nur dieses es ist, in welchem sich die jetzige Ueberzeugung des Gesetzgebers von der Angemessenheit einer Bestrafung ausspricht [2]). Dieser Zwiespalt wird nur dadurch erledigt, daß man sich für die Anwendung des jedesmal milderen Strafgesetzes, also für die Rückwirkung des milderen, die Nichtrückwirkung des härteren Strafgesetzes entscheidet, — ein Satz, der eben deßwegen im Rechte begründet ist, weil er sich als eine Anforderung naheliegender Billigkeit darstellt [3]).

3) Anders freilich das ältere römische Recht, in welchem wenigstens die Volksversammlung keinen Anstand nahm, bisher strafbare Fälle nachträglich mit Strafe zu belegen; und ähnlich das ältere deutsche Recht, in welchem die Urtheiler wohl ebenfalls nicht auf die Anwendung schon bestehender Vorschriften beschränkt waren; bis zuerst von den italienischen Juristen der obige Satz aufgestellt und sowohl im gemeinen deutschen Recht wie in den neueren Gesetzgebungen festgehalten wurde [4]). Unwesentlich war dabei, ob die Anwendung des älteren oder des neueren Gesetzes als Regel erklärt wurde [5]); ist, wie in einzelnen Gesetzbüchern und im geltenden Recht

2) Dabei kommt allerdings in Betracht, daß der Wechsel der Gesetzgebung auch auf einer Veränderung der Verhältnisse beruhen kann; auch in diesem Falle aber bleibt der obige Gesichtspunct insofern bestehen, als die Strafe nicht bloß auf die Vergangenheit, sondern auch auf die Zukunft Bezug hat.

3) Anders Hälschner (System), Bekker (Theorie), v. Liszt (Lehrbuch), Lasson (Rechtsphilosophie), welche denselben nur in der Humanität und Billigkeit, sowie Geyer (v. H. Encyclopädie), welcher denselben nur in politischen Rücksichten begründet erachtet.

4) Gegen denselben nur Einige, welche sich für unbedingte Anwendung des älteren härteren oder auch des neueren härteren Gesetzes erklären. Für Letzteres Binding (Normen I S. 88 ff.), doch nur für den Fall, daß die That früher überhaupt schon für strafbar erklärt war (nach der Normentheorie sollte man meinen, daß die frühere „Normwidrigkeit“ genügte). Wenn also früher nur etwa eine Geldstrafe auf das Delict gesetzt war, soll es nachträglich zulässig sein, den Thäter am Leben zu strafen!

5) Für die Anwendung des älteren Rechts die meisten neueren Gesetzgebungen; für die Anwendung des neueren Sachsen 1855, 1868. Oesterreich 1852.

(St.G.B. §. 2), keines von beiden geschehen, so hat das neuere Gesetz als das im Allgemeinen jetzt geltende Anwendung zu finden [6]).

4) Dabei ist die Frage, ob auch Zwischengesetze, d. h. solche Gesetze, die in der Zeit zwischen der Begehung der That und der Aburtheilung eingeführt und wieder abgeschafft wurden, berücksichtigt und gegebenen Falls zur Anwendung gebracht werden sollen, im geltenden Recht bejahend beantwortet, und zwar mit Recht [7]), da es nur zufällig ist, daß das Delict nicht unter der Herrschaft dieses Zwischengesetzes zur Aburtheilung gelangte. Als Hauptbeispiel ist die vorübergehende Abschaffung der Todesstrafe in einigen Staaten (siehe unten) zu dienen geeignet.

5) Die Frage, zu welcher Zeit in dieser Beziehung das Delict als begangen angesehen werden solle, kann nicht schon hier, sondern erst bei dem Begriff der strafbaren Handlung (siehe unten) ihre Beantwortung finden.

6) Keineswegs aber ist der Grundsatz der Anwendung des milderen Gesetzes auf die strafbare Handlung selbst zu beschränken. Vielmehr hat derselbe auch von den sonstigen thatsächlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit zu gelten. So von dem Antragserforderniß, welches das Gesetz bei einer Reihe von Delicten aufstellt und hinsichtlich dessen ebenfalls dasjenige Gesetz zur Anwendung zu bringen ist, welches das dem Thäter günstigere Ergebniß herbeiführt [8]). Und zwar hat

6) Ebenso Köstlin, Hälchner, Schütze, Schwarze. — Anderer Meinung Wächter, Seeger (für den Standpunkt des Richters), Olshausen, v. Liszt.

7) Anderer Meinung Berner, Wirkungskreis S. 54 ff.; Seeger, rückwirk. Kraft S. 124 ff.; Geyer, krit. Viertelj. Schrift 1882 S. 447, Zeitschrift für Strafrechtswiss. 1883 S. 637. Vgl. aber Mittermaier, Archiv 1857 S. 193 ff.; Goltdammer, Materialien zum preuß. St.G.B. I S. 12 ff.; H. Meyer, nordd. Strafrecht S. 7 f. Vgl. auch das württ. Gesetz vom 17. Juli 1853 Art. 13.

8) Anders Diejenigen, welche das Antragserforderniß seiner Natur zuwider als ein nur processuales (nur als Processvoraussetzung) auffassen, wonach dasselbe stets nach dem neueren Rechte beurtheilt werden müßte. Ferner Binding Normen I S. 89 ff.; Francke Goltd. Archiv 1872 S. 14 ff. — Formell abweichend auch die Novelle von 1876, welche das ältere Gesetz für anwendbar erklärte, damit der Sache nach aber die Anwendung des milderen Gesetzes vorschrieb.

dies gleichmäßig zu gelten, mag der Wechsel der Gesetzgebung vor oder nach dem Beginn des Strafverfahrens erfolgt sein. Ebenso von der Verjährung, die nicht etwa stets nach dem alten oder stets nach dem neuen Gesetz [9]) sich vollendet und hinsichtlich deren auch nicht etwa eine verhältnißmäßige Berechnung stattfindet, sondern die ebenfalls der Beurtheilung nach dem milderen Gesetz unterliegt, was sowohl auf die Voraussetzungen der Verjährung, wie auf die Verjährungsfrist Anwendung findet.

7) Welches der verschiedenen Gesetze das mildere sei, hat sich nach den in ihnen aufgestellten strafrechtlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen zu richten [10]). Nicht aber kann eine einzelne der festgestellten Rechtsfolgen entscheiden. Und noch weniger ist eine Verbindung der milderen Bestimmungen des einen Gesetzes mit den milderen Bestimmungen des anderen Gesetzes zulässig, wodurch die Anwendung eines dritten, vielleicht ganz monströsen Gesetzes herauskommen würde. Vielmehr hat dasjenige Gesetz Anwendung zu finden, welches sich mit Berücksichtigung aller seiner Vorschriften in Anwendung auf den vorliegenden Fall als das für diesen Fall mildeste darstellt; wonach auch dasjenige Gesetz, welches eine bei Weitem schwerere Strafe verhängt, dennoch das mildere sein kann, wenn nach ihm nur auf Antrag gestraft werden soll, dieser Antrag aber im gegebenen Fall nicht gestellt ist. Was aber die Vergleichung der Strafen selbst betrifft, so ist auch in dieser Beziehung das gesetzlich geregelte Verhältniß der Freiheitsstrafen zu einander und der Geldstrafe zur Freiheitsstrafe (vgl. unten die Lehre von den Strafarten) maßgebend. Bei völliger Unvergleichbarkeit der Strafen aber

9) Oder etwa nach dem neuen Gesetz mit Ausnahme des Falls, daß schon eine nach dem alten Recht vollendete Verjährung vorliegt. So Wächter, Strafrecht S. 123 f., Vorlesungen S. 80; Geib, Lehrbuch II S. 48, Seeger, rückwirk. Kraft S. 165 ff.

10) Außer Ansatz bleiben also privatrechtliche Folgen und polizeiliche Nachtheile, die in ihnen festgesetzt sein sollten. Wohl aber gehört zu den strafrechtlichen Bestimmungen die Anrechnung der Untersuchungshaft auf die Strafe (St.G.B. §. 60), deren Berücksichtigung Olshausen (N. 24 zu § 2) mit Unrecht ausschließt.

hat dasselbe, wie bei völliger Gleichheit der Strafen zu gelten [11]).

8) Der völligen Aufhebung des bestehenden Gesetzes kommt in allen diesen Beziehungen die nur vorübergehende Aufhebung oder Suspension des Gesetzes gleich, sodaß auch der früher begangenen That sozusagen die Wohlthat der inzwischen erfolgten Suspension zu Theil wird [12]). Anders wenn das Gesetz auf eine bestimmte Dauer berechnet war, in welchem Falle die in dieser Zeit begangene Handlung auch nach Ablauf jener Frist auf Grund des Gesetzes zu strafen ist [13]).

9) Uebrigens kann von einer Anwendung des neuen Gesetzes nur bis zur Aburtheilung des Falles die Rede sein, da eine Aenderung der rechtskräftig festgestellten Strafe aus dem Bereiche der richterlichen Thätigkeit hinausfällt. Keineswegs aber ist dies auf die Aburtheilung erster Instanz zu beschränken; vielmehr hat eine Berücksichtigung des inzwischen erlassenen milderen Gesetzes auch noch in der höheren Instanz zu erfolgen, sofern deren Thätigkeit nicht auf eine bloße Nachprüfung des früheren Verfahrens beschränkt ist. Doch versteht es sich von selbst, daß dieselbe Rücksicht, welche für die nachträgliche Berücksichtigung des milderen Gesetzes überhaupt spricht, auch eine nachträgliche Umwandlung der rechtskräftig erkannten Strafe angemessen erscheinen lässt [14]), wofür sich aber nach dem geltenden Recht kein anderer Weg als der der Gesetzgebung [15]) und der der Begnadigung darbietet.

11) Anders Olshausen, der auffallender Weise in diesem Falle Straflosigkeit annimmt; ferner v. Liszt, der sich auch hier für die Anwendung des älteren Gesetzes entscheidet.

12) Anderer Meinung Seeger S. 117, Hälschner, deutsches Strafrecht I S. 123; Oppenhoff N. 7 zu § 2. Richtig Olshausen N. 16 zu §. 2.

13) In dieser Beziehung übereinstimmend Seeger, Hälschner, Oppenhoff, Olshausen.

14) Vgl. Seeger, rückwirkende Kraft S. 130 ff. Zu weit geht v. Bar, Goltd. Archiv 1871 S. 77 ff., der eine von selbst eintretende Einwirkung des neuen Rechts auf die schon rechtskräftig erkannte Strafe (Nebenstrafe) des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte annimmt.

15) Im Reichstag wurde eine darauf bezügliche gesetzliche Bestimmung abgelehnt; vgl. aber württ. Einf.-G. Art. 10 ff.

§. 20 (20).

Das räumliche Geltungsgebiet [1].

1) Was sodann das räumliche Geltungsgebiet des Strafgesetzes betrifft oder (sofern es sich um die Strafgesetze selbständiger Staaten handelt) das sog. internationale Strafrecht [2], so ist von den darauf bezüglichen Principien [3])

a) völlig schief das sog. Schutzprincip (auch Realprincip genannt oder Princip der passiven Nationalität), wonach Sache des inländischen Strafrechts nur der Schutz inländischer Personen und Rechtsgüter (aber auch aller inländischen Personen und Rechtsgüter) sein soll [4]). Schief um deßwillen, weil das Strafrecht nicht zum unmittelbaren, sondern nur zum mittelbaren Schutze der Rechtsgüter bestimmt ist, nämlich zu demjenigen Schutze, der aus der Bestrafung unzulässiger Hand-

1) Abegg, Bestrafung der im Ausland begangenen Verbr. Landshut 1819; Berner, Wirkungskreis S. 80 ff.; Krug, Internationalrecht der Deutschen (!) Leipzig 1851; Zacharia, Archiv 1852; Mohl, Staatsrecht u.s.w. I S. 637 ff.; v. Bar, intern. Privat- u Strafrecht S. 504 ff.; Goltd. Archiv 1870, krit. Viertelj. 1873, Gerichtssaal 1876, 1883 (Münchener Beschlüsse); v. Schwarze, Gerichtssaal 1860, v. H. Handb. II S. 30 ff., IV S. 69 ff.; R. Schmid, die Herrschaft der Gesetze S. 149 ff.; Bremer, Gerichtssaal 1865; Heinze, Erörterungen S. 137 ff., Goltd. Archiv 1869; v. Rohland, das internation. Strafrecht I. Leipzig 1877; Hamm, Goltd. Archiv 1878; Harburger, der strafrechtl. Begriff des Inlandes Nördlingen 1882, Gerichtssaal 1884 (Münchener Beschlüsse); Geyer, Zeitschrift für Strafrechtswiss. 1883 S. 619 ff., Rechtslexicon (Ausland). Ausländische Werke von Wharton (amerik.), Fiore (italien., übersetzt von Antoine), Bard (franz.).

2) Ein Name, von welchem zugleich die internationale Rechtshülfe sowie internationale Vereinbarungen in Beziehung auf das Strafrecht umfaßt werden.

3) In kaum einer Lehre tritt aber so deutlich wie in dieser hervor, wie das Recht nicht durch einseitige Principien, sondern durch mannigfache Rücksichten bestimmt wird. Vgl. unsere Auseinandersetzung Gerichtssaal 1881 S. 112 ff.

4) Vgl. Feuerbach, Lehrbuch §§. 31. 40; Binding, Kritik des Entwurfs S. 81 ff.; v. Rohland, internat. Strafrecht S. 157 f.; Heinze, Erörterungen S. 147 ff., Goltd. Archiv 1869, — die jedoch das Schutzprincip durch eines oder mehrere der anderen Principien ergänzen.

lungen hervorgeht. Auch ist jenes Prinzip einigermaßen durchführbar nur dann, wenn man alle im Inlande begangenen Delicte als die Verletzuug inländischer Rechtsgüter ansieht.

b) Nicht zutreffend ist ferner das sog. Personal- oder Personalitätsprincip (auch Princip der activen Nationalität genannt), wonach Aufgabe des inländischen Strafrechts wesentlich die Bestrafung der Inländer wegen der irgendwo (im Inlande oder im Auslande) begangenen Delicte sein soll [5]; ein Princip, welches zunächst dadurch zurückgerückt werden muß [6], daß die im Inlande sich aufhaltenden Ausländer insofern als Inländer (subditi temporarii) angesehen werden müssen, ein Princip, welches aber auch in dieser Form unzureichend ist, da auch die im Auslande begangenen Delicte von Ausländern nicht völlig bei Seite gelassen werden dürfen [7].

c) Durchaus einseitig ferner ist das Territorial- oder Territorialitätsprincip [8], wonach das inländische Strafrecht auf die Bestrafung der im Inlande begangenen Delicte beschränkt ist [9]. Allerdings werden dadurch alle Schwierigkeiten und Conflicte vermieden. Allein dem inländischen Strafgesetz kann mindestens das nicht gleichgültig sein, wenn von

5) Bauer (Lehrbuch); Heffter (Lehrbuch); Berner (Wirkungskreis); Zachariae (Archiv 1852); Bekker (Theorie); v. Bar (intern. Recht, Gerichtssaal 1876).

6) Wie auch von den meisten seiner Anhänger geschieht.

7) Weßhalb Berner ein sog. „natürliches" Strafrecht ergänzend einführt, kraft dessen wenigstens die vom Ausländer im Auslande begangenen Angriffe auf das Inland von dem letzteren sollen bestraft werden können.

8) Auch negatives Territorrialprincip genannt, indem man als positives Territorialprincip den Grundsatz ansieht, daß jedenfalls die im Inlande begangenen Delicte bestraft werden sollen.

9) So im Wesentlichen Abegg (siehe oben); Köstlin (System); Hälschner (preuß. Strafrecht; siehe jedoch jetzt deutsches Strafrecht I S. 129 ff.); Bremer (siehe oben), — von denen jedoch zum Theil (so von Köstlin) eine Bestrafung des im Auslande begangenen Delictes „in Vertretung" des fremden Staates für zulässig erachtet wird. Diese „Vertretung" aber ist nur eine Fiction und stimmt insbesondere nicht damit, daß es doch sein eigenes Strafgesetz ist, welches der Staat anwendet.

Inländern Delicte im Auslande begangen werden; sich in dieser Hinsicht auf die ausländische Staatsthätigkeit zu verlassen, würde theils nicht immer zutreffen, theils müßte sich der Staat zur Auslieferung seiner eigenen Angehörigen entschließen. Und ferner fragt sich sehr, ob alle von Ausländern im Auslande begangenen Delicte bei Seite gelassen werden können.

d) Viel zu weit endlich geht das sog. Universal- oder Weltrechtsprincip[10]), welches alle irgendwo und von irgendwem begangenen Delicte in den Bereich des inländischen Strafgesetzes hereinzieht, während doch der Regel nach durch die von Ausländern im Auslande begangenen Delicte die inländische Rechtsordnung nicht berührt wird und ihre beliebige Bestrafung sich als ein Eingriff in die fremde Staatshoheit darstellt. Auch die meist befürwortete Beschränkung auf eine nur facultative Verfolgung ist nicht geeignet die erforderliche zu Begrenzung liefern.

e) Als das Richtige kann vielmehr nur erscheinen, wenn der inländischen Bestrafung unterworfen werden α) alle im Inlande begangenen Delicte; β) die von Inländern im Auslande begangenen Delicte, soweit sie nicht ohne Schaden für die inländische Rechtsordnung der ausländischen Rechtspflege überlassen werden können; endlich auch γ) die von Ausländern im Auslande begangenen Delicte, soweit sie nicht ohne Schaden für die inländische Rechtsordnung unbestraft gelassen werden können. Letzteres ist aber der Fall theils bei gewissen Angriffen auf das Inland, theils wenn der Thäter sich nach begangener That im Inland befindet und seine Auslieferung nicht als zulässig oder angemessen erscheint. Und zwar ist es in allen diesen Fällen das inländische Strafgesetz, welches zur Anwendung zu kommen hat, wobei nur ausnahmsweise (insbesondere im letztgenannten Falle) eine Einwirkung des ausländischen Strafgesetzes in Betracht kommt. Soll aber diese Regelung auf ein bestimmtes Princip zurückgeführt werden, so kann dasselbe mit keinem genaueren Namen als etwa Prin-

10) Mohl (siehe oben), v. Schwarze (siehe oben), Geyer (krit. Viertelj.Schrift, Zeitschr. von Grünhut in versch. Aufsätsen, auch v. H. Encyclopädie S. 913).

cip der betheiligten Rechtsordnung bezeichnet werden [11]).

2) Nur unvollkommen waren diese Grundsätze im römischen Recht entwickelt, das sich, wenigstens in späterer Zeit, über ein so großes Gebiet erstreckte, daß diesen Fragen geringere Bedeutung zukam [12]). Ebensowenig waren feste Grundsätze hierüber im älteren deutschen Rechte vorhanden [13]). Die erste genauere Regelung finden wir vielmehr in den mittelalterlichen Stadtrechten und bei den italienischen Juristen, die meistens neben den von Inländern und Ausländern im Inlande auch die von Inländern im Auslande begangenen Delicte für strafbar erklärten. Sehr bestritten war dieser Gegenstand im gemeinen deutschen Rechte [14]), worauf erst in den neueren Gesetzgebungen nähere Grundsätze darüber aufgestellt wurden. Letzteres meistens in der Art, daß jeder deutsche Staat den andern als Ausland behandelte, wobei nur in wenigen Gesetzgebungen ein Unterschied zwischen dem deutschen und dem nichtdeutschen Ausland gemacht wurde. Verschiedenheiten bestanden dabei weniger hinsichtlich der von

11) Vgl. Wächter, sächsisch-türing. Strafrecht S. 125 ff., Beitrag zur Kritik S. 81, Vorlesungen S. 85, der sich aber sachlich mehr im Sinne des Schutzprincips ausspricht. — Der Unterschied des obigen Princips vom Weltrechtsprincip ist dann ein geringer, wenn die Strafproceßordnung eine Contumacialaburtheilung ausschließt, wie dies im geltenden Recht als Regel der Fall ist. Anderenfalls aber ist ein bedeutender Unterschied beider Principien gegeben.

12) Vgl. jedoch Lex 13 §. 7 Dig. de adulteriis 48, 5 (woraus die Strafbarkeit des im Ausland wenigstens gegen das Inland oder einen Inländer sich verfehlenden Inländers hervorgeht).

13) Nicht hierhin gehört das sog. System der persönlichen Rechte (nicht mit dem Personalitätsprincip zu verwechseln), welches nur auf Wergeld und Bußen Anwendung fand und darin bestand, daß dieselben nach dem Stammesrecht des Verletzten, also das Wergeld des Franken nach fränkischem Recht, das Wergeld des Sachsen nach sächsischem Recht bemessen werden sollten u.s.w.

14) Zweifellos war nur dies, daß die im Inlande delinquirenden Inländer und Ausländer allgemein und daß die im Auslande delinquirenden Inländer irgendwie bestraft werden müßten, wobei aber schon bestritten war, ob letzteres nur beschränkt (vgl. Anm. 4) oder unbeschränkt zu geschehen habe. Vgl. Wächter, Lehrbuch §. 35; Heffter, Lehrbuch §. 25.

Inländern im Auslande, als hinsichtlich der von Ausländern im Inlande begangenen Delicte, die von einigen Gesetzen in größerem, von anderen in geringerem Umfange bestraft wurden [15]), wobei einzelne gerade auch der kleineren Gebiete sich für eine (nur durch den Grundsatz bloß facultativer Verfolgung eingeschränkte) Weltrechtspflege entschieden [16]). Umgekehrt England, welches (abgesehen von wenigen Ausnahmen) seine Rechtspflege gemäß dem Territoralitätsprincip auf die im Inland begangenen Delicte beschränkte, wogegen Frankreich wie die meisten deutschen Gesetzgebungen einen mittleren Weg einschlug.

3) Dabei hat als Inland nunmehr (St.G.B. §. 8) das gesammte Gebiet des deutschen Reiches zu gelten, da aus der durch die Reichsverfassung geforderten Einheit des Strafrechts mit Recht auch die Angemessenheit eines einheitlichen Anwendungsgebietes desselben gefolgert wurde [17]). Und zwar ist anzunehmen, daß dieß allgemein im deutschen Reiche seit dem 4. Mai 1871 (Gesetzeskraft der Reichsverfassung) der Fall ist, wobei aber in Betracht kommt, daß das St.G.B. selbst in den verschiedenen Theilen des deutschen Reiches nicht zu gleicher Zeit Gesetzeskraft erlangte [18]). — Dabei ist zum Inland auch derjenige Küstensaum, der vom Lande aus mit Geschützen

15) Vgl. einerseits Bayern 1813 u. 1861, Württemberg 1839, Hannover 1840, die den im Auslande delinquirenden Ausländer wegen aller gegen das Inland oder einen Inländer begangener Delicte; andererseits Preußen 1851 u. A., die denselben nur wegen gewisser Delicte gegen den inländischen Staat straften.

16) So Braunschweig (Verfassung von 1832), Sachsen 1855, 1868. (Oesterreich 1852 hatte die Beschränkung, wenn die Auslieferung des Schuldigen nicht zulässig oder ausführbar erscheine).

17) Selbstverständlich war dies allerdings nicht. Vgl. Francke, Goltd. Archiv 1873 S. 72 ff.; Schütze, Lehrb. 2. Aufl. S. 55; Harburger, Inland S. 71.

18) Anderer Meinung Rüdorff, Schwarze, Harburger, welche in dieser Beziehung den 1. Januar 1872 (Gesetzeskraft des St.G.B. im ganzen Reiche) für maßgebend erachten; ferner v. Liszt, der den jedesmaligen Geltungstermin des Reichs-St.G.B. als maßgebend ansieht. — Eine Ausnahme macht nur Elsaß-Lothringen, in welchem erst das Gesetz vom 14. Juni 1871 die Vereinigung Elsaß-Lothringens mit dem deutschen Reich aussprach.

beherrscht werden kann, zu rechnen [19]. Ebenso die sogen. Konsulargerichtsbezirke, in denen nach dem Gesetz vom 10. Juli 1879 §. 4, das Reichs-St.G.B. wie im Inlande gilt. Gebiete, welche sich in gemeinschaftlichem Besitz des Inlandes und des Auslandes befinden, sind als Inland zu betrachten [20]) — Ueber den Begriff des Inländers vgl. das Reichsgesetz über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- (Reichs-) Angehörigkeit vom 1. Juni 1870, wonach es nicht ausgeschlossen ist, daß Jemand zugleich Inländer und Ausländer sein kann, andererseits aber die inländische Staatsangehörigkeit zur Zeit der Begehung der That genügt, ohne daß der Thäter auch noch zur Zeit der That Inländer zu sein braucht [21]. — Nicht richtig ist, daß ein incorporirtes Gebiet auch in Betreff früher begangener Handlungen als Inland zu betrachten sei [22]; wohl aber sind die bisherigen Staatsangehörigen eines eroberten Gebietes auch ohne Ergebung des Einzelnen [23] (für die Zukunft) als Inländer zu betrachten.

4) Strafbar sind nun nach dem geltenden Recht

a) die im Inlande begangenen, den inländischen Delicts-

19) „Ubi finitur armorum vis" (Hugo Grotius). So nach völkerrechtlichem Grundsatz. Aehnlich das englische Gesetz vom 16. August 1878 (aus Anlaß des Falles Franconia), das die Entfernung von drei Seemeilen für maßgebend erachtet; vgl. auch den Internationalen Vertrag betreffend die Fischerei in der Nordsee vom 6. Mai 1882 (ratificirt 1884), wo ebenfalls die Grenze von drei Seemeilen genannt ist.

20) So das zwischen Preußen und Belgien streitige Gebiet von Mosrenet (vgl. Olshausen, Nr. 2 zu §. 8.) Ueber den Bodensee vgl. Rettich, die völker- und staatsr. Verhältnisse am Bodensee Tübingen 1884, der ein Condominat der Uferstaaten annimmt. Dagegen v. Martitz, Annalen des deutsch. Reichs 1884 S. 278 ff., nach welchem die Mittellinie entscheidet.

21) Anderer Meinung Hälschner, d. Strafr. I S. 171, nach welchem der Thäter sowohl zur Zeit der That wie zur Zeit der Aburtheilung Inländer sein muß. Noch anders Hälschner, Gerichtssaal 1878 S. 161 ff., nach welchem die Eigenschaft als Inländer zur Aburtheilung genügt. Richtig Hamm, Goltd. Archiv 1826 S. 422.

22) Anderer Meinung v. Bar; siehe dagegen Harburger, der Begriff des Inlandes S. 47.

23) Anderer Meinung Zachariae, Strafrechtszeitung 1868 Sp. 304 ff., Goltd. Archiv 1868 S. 798 ff. (Graf Platen); Harburger, Inland S. 44.

begriffen entsprechenden Handlungen (St.G.B. §. 3), wobei der Unterschied, ob der Thäter ein Inländer oder ein Ausländer ist, der Regel nach, wenn überhaupt, nur bei der Strafzumessung in Betracht kommt. Eine gesetzliche Unterscheidung zwischen Inländern und Ausländern ist nur bei einzelnen Delictsarten getroffen[24]);

b) die von Inländern im Auslande begangenen, den inländischen Delictsbegriffen entsprechenden Handlungen, und zwar ohne Rücksicht, ob durch sie das Inland, bzw. ein Inländer oder das Ausland bzw. ein Ausländer verletzt wird (St.G.B. §. 4 Nr. 1, 2, 3). Dies jedoch der Regel nach (St.G.B. §. 4 Nr. 3) nur unter der Voraussetzung, daß die Handlung zugleich am Orte der That strafbar ist, eine Voraussetzung, die in früheren Gesetzen auf einzelne Fälle beschränkt war[25]) und die in der That wenigstens bei schweren Straffällen (Verbrechen) ausgeschlossen sein sollte[26]). Ausgenommen sind nach dem geltenden Recht nur bestimmte, theils gegen das Inland selbst, theils gegen allgemeinere Rechtsgüter gerichtete Delicte[27]), deren Bestrafung man

24) Vgl. St.G.B. §§. 87, 91, 140, 142, 143, wo erfordert wird, daß der Thäter ein Inländer ist; andererseits §. 296a, wo ausnahmsweise nur der Ausländer unter Strafe gestellt ist.

25) Vgl. Württemberg 1839 (die gegen das Ausland, bzw. einen Ausländer begangenen Delicte).

26) Völlig aufheben wollte sie der Entwurf der Novelle von 1876. — Eine im Auslande geschlossene Doppelehe kann nach jetzigem Recht, wenn am Orte der That Polygamie zulässig ist, (abgesehen von den Konsulargerichtsbezirken, vgl. S. 159 oben) nicht gestraft werden.

27) Vgl. St.G.B. §. 4 Nr. 1 u. 2 (nach der durch die Novelle von 1876 erfolgten Ergänzung): Hochverrath, Landesverrath und Majestätsbeleidigung (gegen das Reich oder einen deutschen Staat); Amtsdelicte (aus Anlaß des Falles Arnim hinzugefügt); sog. Münzdelicte (an inländischem und ausländischem Geld, aber beschränkt auf „Verbrechen"). Ferner St.G.B. §. 102 (feindliche Handlungen gegen befreundete Staaten), §. 289 (Entlaufen eines Schiffsmanns mit der sog. Heuer). Ferner Seemannsordnung §. 100 und verschiedene Schiffahrtsdelicte (Gesetze vom 25. Oct. 1867 §. 13, vom 27. Dec. 1872 § 8, vom 25. März 1880 §. 4); Urhebergesetz von 1870 §. 22 (ebenso Urhebergesetze von 1876); Gesetz betreffend die Schonzeit der Robben v. 4. Dec. 1876;

nicht von der zufälligen Lage der ausländischen Gesetzgebung abhängig machen wollte. Keine besondere Vorschrift hat das Gesetz für den Fall getroffen, daß die That auf nichtstaatlichem Gebiete verübt wurde, wonach das beklagenswerthe Ergebniß eintritt, daß in einem solchen Falle überhaupt nicht wird gestraft werden können[28]). Nur für Handlungen auf dem Meere greift der Satz ein, daß Schiffe auf offener See als Theile des betreffenden Staatsgebietes erscheinen, wonach ein auf einem deutschen Schiffe verübtes Delict als in Deutschland verübt zu gelten hat[29]);

e) unter Umständen auch von Ausländern im Auslande begangene Delicte, und zwar α) bestimmte Delictsarten, nämlich Hochverrath gegen das Inland (das Reich oder einen deutschen Staat) (St.G.B. §. 4 Nr. 1); ferner Amtsdelicte, da es nicht ausgeschlossen ist, daß auch ein Ausländer ein deutsches Reichs- (oder Staats-) Amt bekleidet[30]), (daselbst); ferner sog. Münzdelicte (an inländischem oder ausländischem Gelde, auch hier in Beschränkung auf Verbrechen) (daselbst); ferner die im Sprengstoffgesetz unter Strafe gestellten Delicte (Sprengstoffgesetz §. 100); ferner die oben (Anm. 27) genannten Seemanns- und Schiffahrtsdelicte, sowie die Fälle des Militär-St.G.B. §§. 155, 160, 161. — β) allgemein, wenn der Thäter nachträglich (nach begangener That) die deutsche Reichsangehörigkeit erlangte, in welchem Falle es aber eines

Sprengstoffgesetz §. 100; Militär-St.G.B. §§. 7, 155, 160, 161. — Vgl. auch das oben (Seite 159) über die Konsulargerichtsbezirke Gesagte. Nicht aber ist die Exterritorialität des deutschen Gesandten im Auslande so zu verstehen, daß die obige Voraussetzung in Beziehung auf seine Handlung hinwegfiele.

28) Anderer Meinung Berner, v. Liszt, nach denen die obige Voraussetzung auf einen solchen Fall nicht zu beziehen ist. Der Fehler des Gesetzes hätte vermieden werden sollen durch eine andere Fassung des Gesetzes; vgl. H. Meyer, das norddeutsche Strafrecht S. 10 f.

29) Vgl. Philipson, over den regel „Ship is territoir" Zwolle 1864. Heffter, Völkerrecht 7. Aufl. von Geffken Berlin 1881 S. 171.

30) Wenn nämlich demselben ein Reichsamt übertragen wird, ohne daß er seinen dienstlichen Wohnsitz im Inlande hat. Vgl. Reichsbeamtengesetz vom 1. Juli 1870 Absatz 2 und Reichsgesetz vom 20. Dec. 1875.

Antrages der ausländischen Behörde bedarf[31]), worunter nicht die ausländische Regierung, sondern die ausländische Strafverfolgungsbehörde zu verstehen ist. — Doch kann nicht verkannt werden, daß diese Bestimmungen theils nicht hinreichend gerechtfertigt sind[32]), theils nicht genügen[33]), und daß vielmehr die Bestrafung eines jeden Ausländers für zulässig erklärt werden sollte, der im Auslande delinquirt hat und sich ungestraft im Inlande befindet, ohne daß seine Auslieferung zulässig und angemessen erscheint[34]). Denn es kann nicht verkannt werden, daß die inländische Rechtsordnung auch in diesem Falle verletzt ist. Von dem sog. Princip der Weltrechtspflege ist dieser Standpunct immer noch insofern verschieden, als dasselbe die inländische Verfolgbarkeit eines jeden im Auslande begangenen Delictes für zulässig erachtet, ein Unterschied, der allerdings durch die regelmäßige Unzulässigkeit einer Contumacialverhandlung nach geltendem Rechte verdeckt wird, sogleich aber hervortreten würde, wenn das Strafproceßrecht in diesem Puncte andere Grundsätze aufstellen sollte.

5) Dabei ist es aber eine dreifache Einschränkung, die für alle diese oder doch für einen Theil dieser Fälle in Betracht kommt:

31) Gewiß unrichtig, da die Bestrafung unmöglich davon abhängig sein kann, ob das Ausland in diesem Falle noch ein Interesse an der Strafverfolgung hat.

32) Nicht hinreichend ist der Hinweis auf die Sicherheit des Staates, die ihm gegen Angriffe auf seinen eigenen Bestand ein „natürliches Strafrecht" verleihe; unklar aber ist die Vorstellung „internationaler Rechtsgüter" (Unversehrtheit des Geldverkehrs, Sicherheit von Personen und Eigenthum gegen den Mißbrauch von Sprengstoffen), deren Verfolgung von allen Staaten gleichmäßig in die Hand genommen werden müßte.

33) Es gilt dies auch gegen den Entwurf der Novelle von 1876, der die Strafbarkeit des im Auslande handelnden Ausländers (mit den Anm. 15 genannten Gesetzen) auf alle gegen das Inland oder gegen Inländer begangene Delicte ausdehnen wollte.

34) So mit Recht Oesterreich 1852; der russische Entwurf von 1882, nebst den Erläuterungen desselben S. 42; sowie die Thesen v. Bar und Brusa (angenommen von dem völkerrechtlichen Institut, vgl. Gerichtssaal 1883 S. 587 f); Geyer, Z. für Strafrechtswiss 1883 S. 624.

a) Zunächst ist die Strafbarkeit der im Auslande begangenen Delicte beschränkt auf Verbrechen und Vergehen, wogegen im Auslande begangene Uebertretungen (St.G.B. §. 6) straflos sein sollen, soweit nicht durch besondere Gesetze oder Staatsverträge eine Ausnahme gemacht ist, wobei in letzterer Beziehung sowohl Verträge, die das Reich, als solche, die der Einzelstaat mit dem Ausland abgeschlossen hat, in Betracht kommen [35]).

b) In allen Fällen ist die Verfolgung der im Auslande begangenen Delicte nicht vorgeschrieben (obligatorisch), sondern nur für zulässig erklärt (facultativ), (vgl. das „kann" in St.G.B. §. 4 Absatz 2), was sich als eine an sich auffallende, aber durch die Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse völlig gerechtfertigte Regelung darstellt [36]). Ja in §. 4 Absatz 1 des St.G.B. ist gesagt, daß wegen der im Auslande begangenen Delicte in der Regel keine Verfolgung stattfindet, weßwegen von Manchen der Standpunct des St.G.B. geradezu der des Territorialprincips genannt wird [37]). Als diejenige Behörde, in deren Ermessen die Strafverfolgung gestellt ist, erscheint die Staatsanwaltschaft, sodaß auf erhobene öffentliche Klage dem Gerichte keine weitere Wahl zusteht [38]).

c) Ein bedeutender Einfluß ist endlich der im Auslande erfolgten rechtlichen Erledigung des Straffalles sowie dem im Auslande vorhandenen rechtlichen Hinderniß des Verfahrens eingeräumt worden (St.G.B. §. 5). Die Verfolgung

35) Letztere allerdings nur insoweit, als es sich um landesgesetzlich unter Strafe gestellte Uebertretungen handelt.

36) Gegen dieselbe besonders scharf Binding, Kritik S. 117, Normen I S. 217, von welchem aber hier, wie auch sonst vielfach, die durch die Natur der besonderen Verhältnisse gebotene Modification des Princips verkannt wird. Vgl. Heinze, Goltd. Archiv 1876 S. 294; v. Martitz, Zeitschr. für Staatswissenschaft 1880 S. 307; H. Meyer, Gerichtssaal 1881 S. 113.

37) So von Olshausen und v. Liszt, eine Auffassung, der aber mit Recht Wächter (Vorlesungen S. 83) widerspricht.

38) Und ebensowenig im Falle der erhobenen Privatklage, da nichts übrig bleibt, als auch in dieser Hinsicht die Staatsanwaltschaft durch den Privatkläger ersetzt zu betrachten.

im Inlande (einschließlich der Fortsetzung eines schon begonnenen Verfahrens) ist nämlich ausgeschlossen α) wenn im Auslande [39]) eine Aburtheilung erfolgte und diese entweder in einer Freisprechung bestand oder zu einer vollständigen Verbüßung der Strafe geführt hat; β) wenn im Auslande Begnadigung ertheilt wurde [40]), was sowohl von dem Erlaß der rechtskräftig erkannten Strafe als von der Niederschlagung des Verfahrens zu verstehen ist; γ) wenn die That nach den Gesetzen des Auslandes verjährt ist [41]), und endlich δ) wenn der nach den Gesetzen des Auslandes [42]) erforderliche Antrag nicht gestellt wurde. Eine Ausnahme hiervon ist nur für dieselben Delicte gemacht (St.G.B. §. 4 Nr. 1 und 2), für welche auch eine Ausnahme von dem Erforderniß ihrer Strafbarkeit am Orte der That gemacht wird. In allen Fällen aber soll (St.G.B. §. 7) eine im Auslande ganz oder theilweise schon vollzogene Strafe auf die im Inlande noch zu erkennende Strafe in Anrechnung gebracht werden [43]). Andererseits kann nach völliger Verbüßung der im Auslande erkannten Strafe in allen Fällen im Inlande ein neues Verfahren zu dem Zwecke (St.G.B. §. 37) eingeleitet werden, damit nachträglich auf den nach den Gesetzen des Inlandes zu erkennenden Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte (oder einzelner von ihnen) erkannt werde. Und endlich ist aus denselben Gründen, aus denen gegen ein im Inlande ergangenes rechtskräftiges Urtheil die Wiederaufnahme

39) Worunter irgend ein fremder Staat, nicht nur derjenige, in welchem die That verübt wurde, zu verstehen ist.

40) Die Ansicht v. Bar's (Gerichtssaal 1883 S. 590 f.), daß eigentlich nach dem Motiv der Freisprechung und der Begnadigung unterschieden werden müsse, beruht auf einer Verkennung des selbständigen Gewichtes der rechtlichen Erledigung des Straffalls.

41) Anders Württemberg 1839, welches nur die inländische Verjährung gelten ließ.

42) Und zwar nach irgend einem der (möglicherweise mehreren) ausländischen Gesetze, wie andererseits ein nach diesen Gesetzen erforderlicher Antrag genügt.

43) Ueber die Frage, ob unter den Mindestbetrag der inländischen Strafart herabgegangen werden kann, ist unten in der Lehre von den Strafarten zu handeln.

des Verfahrens zulässig ist, eine Wiederaufnahme auch gegen das ausländische Urtheil als zulässig zu betrachten [44]).

6) In allen Fällen ist es das inländische Strafgesetz, welches zur Anwendung kommt, da nur dieses (vom Standpunct des Inlandes) eine hinreichende Gewähr der richtigen Beurtheilung bietet. Doch findet eine Einwirkung des ausländischen Rechtes insofern statt, als a) die im Auslande begangenen Delicte von Inländern nur unter der oben genannten Voraussetzung für strafbar erklärt sind; als ferner b) in den meisten Fällen die Strafzumessung die Möglichkeit bietet, auf das ausländische Recht Rücksicht zu nehmen [45]); und als endlich c) in einem Falle geradezu die Anwendung des ausländischen Rechts vorgeschrieben ist (St.G.B. §. 4 Nr. 3 Absatz 2), was jedoch auf den Fall, daß dasselbe das mildere ist, beschränkt ist.

7) Die Frage, an welchem Orte das Delict als begangen anzusehen sei, ist (ebenso wie die gleiche Frage hinsichtlich der Zeit) erst unten bei dem Begriff der strafbaren Handlung zu erörtern.

8) Ebenso vgl. darüber, daß die Grundsätze über das räumliche Geltungsgebiet des Strafgesetzes rein objectiv zu nehmen sind, also dem Bereiche der subjectiven Verschuldung entrückt sind [46]), die Lehre von der subjectiven Verschuldung.

9) Reichsgesetzlich nicht bestimmt ist, welches räumliche Geltungsgebiet den Landesgesetzen zukomme [47]), auf welche jedoch die obigen Grundsätze (soweit sie ihrer Natur

44) v. Schwarze, Gerichtssaal 1860 S. 177 ff.; anderer Meinung Olshausen, der (N. 5 zu §. 5) nur Wiederaufnahme im Auslande und nach ausländischem Proceßrecht zuläßt.

45) Grundsätzlich genommen müsste freilich dem Richter auch Strafänderung gestattet sein. Vgl. H. Meyer, Gerichtssaal 1881 S. 113. Auch v. Bar, daselbst 1883 S. 586.

46) Anderer Meinung Rohland, internat. Strafrecht S. 131 f., — ein völlig undurchführbarer Standpunct, der aber recht geeignet ist, die Normentheorie zu widerlegen.

47) Vgl. Heinze, Reichs- und Landesstrafrecht S. 42 ff., v. H. Handb. II S. 18 ff; Merkel, daselbst IV S. 84; Harburger, Inland S. 94.

nach auf Landesgesetze Anwendung finden können[48]), analog zur Anwendung gebracht werden müssen. Dies jedoch nur, soweit nicht in der Landesgesetzgebung selbst hierüber Vorschriften getroffen sind, wozu dieselbe, wenn auch nur innerhalb der oben, Seite 147, bezeichneten Schranke befugt ist.

10) Die über das räumliche Geltungsgebiet des Strafgesetzes bestehenden Vorschriften sind theils bedingt, theils werden dieselben ergänzt durch die Grundsätze über die Auslieferung[49]), welche als ein besonders wichtiger Act der internationalen Rechtshülfe erscheint, deren genauere Darstellung aber Sache des Strafproceßrechtes ist. Ueber dieselbe sind in neuerer Zeit mannigfache Verträge[50]), insbesondere auch Seitens des deutschen Reichs mit dem Auslande geschlossen[51]). Und zwar ist diesen Verträgen gemeinsam a) die Bezeichnung derjenigen Delicte, wegen deren sich jeder der Staaten zur Aus-

48) Vgl. die in §. 4 Nr. 1 u. 2 genannten der Zuständigkeit der Landesgesetze entzogenen „Verbrechen", ferner §. 37, der vom Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte redet.

49) v. Bar, internationales Privat- und Strafrecht S. 582 ff., Gerichtssaal 1882 S. 481 ff.; Schömann, Goltd. Archiv 1881 S. 16 ff.; Hetzer, Auslieferungsverträge Berlin 1883. v. Holtzendorff, Auslieferung Berlin 1881; Lammasch, Auslieferung wegen politischer Verbrechen Weimar 1884. Ausländische Werke von Billot (1874), Fiore (siehe oben Seite 154), Bernard (1883).

50) Ob auch ohne Vertrag eine Auslieferungspflicht besteht, ist bestritten und nur in dem Sinne zu bejahen, daß eine willkürliche Verweigerung völkerrechtlich unzulässig sein würde. Neuerdings hat man sich für die Begründung eines Auslieferungsvereins ausgesprochen (besonders v. Liszt, anderer Meinung v. Bar). In mehreren Staaten sind sog. Auslieferungsgesetze erlassen, in denen die Grundzüge festgestellt werden, nach denen die Regierung zur Abschließung von Auslieferungsverträgen befugt sein soll; so in England, Belgien, Holland.

51) So mit Italien 1871, England 1872, Schweiz und Belgien 1874, Luxemburg 1876, Brasilien 1877, mit Schweden und Norwegen 1878, Spanien 1878. Neuerdings wird über einen Vertrag mit Rußland verhandelt. Mit Frankreich, Holland, den Vereinigten Staaten gelten noch Verträge der einzelnen Staaten bzw. des Norddeutschen Bundes. Mit Oesterreich wird der Bundesbeschluß von 1854 (mit Ausnahme der Auslieferung eigener Unterthanen und wegen politischer Delicte) als fortdauernd behandelt.

lieferung verpflichtet, wohin nach den meisten Verträgen nicht nur Verbrechen, sondern auch gewisse Vergehen gehören; b) Nichtauslieferung bei politischen Delicten (politisches Asylrecht), sei es, daß man sich mit der Nichterwähnung der Staatsdelicte unter den Auslieferungsdelicten begnügt, sei es daß auch für die Auslieferungsdelicte für den Fall, daß sie einen politischen Charakter an sich tragen, eine Ausnahme gemacht ist[52]). In beiden Fällen aber ist von mehreren Verträgen eine Ausnahme gemacht für Angriffe auf das Staatsoberhaupt, wegen deren in jedem Falle die Auslieferung begründet sein soll[53]); c) Nichtauslieferung wegen eines mit einem politischen Delicte (in dem obigen Sinne) in Verbindung stehenden Delictes[54]), was in den meisten Verträgen von denjenigen Delicten, die als Mittel zur Verübung eines politischen Delictes gedient haben, zu verstehen ist; d) Nichtauslieferung der eigenen Unterthanen[55]), ein Grundsatz, der außerdem in §. 9 des St.G.B. auch gesetzlich aufgestellt ist[56]); e) Nichtbestrafung des Ausgelieferten wegen eines anderen, vor der Auslieferung begangenen Delictes[57]), was aber mehrfach auf Nichtbestrafung wegen eines nicht zu den Auslieferungsdelicten gehörenden Delictes

52) Ersteres die Regel, Letzteres (was Deutschland betrifft) nur in den Verträgen mit England und der Schweiz.

53) Sog. Belgische Attentatsclausel, über die neuerdings unter den Staaten verhandelt wurde, wobei Italien und die Schweiz ausdrücklich ablehnten.

54) Meist „délit connexe", ein unbestimmter Begriff, an dessen Stelle v. Liszt den Begriff der Delictseinheit zu setzen vorschlägt, wonach schon wegen eines ideal concurrirenden gemeinen Delictes auszuliefern sein würde.

55) So auch der Vertrag mit England, obwohl dieses gelegentlich eigene Unterthanen ausliefert (wie z. B. in dem Falle Tourville — Auslieferung an Oesterreich — geschehen ist). Vgl. oben Seite 156, 158.

56) Gegen die Neigung, diesen Satz aufzugeben, v. Bar, Gerichtssaal 1882 S. 492; Geyer, Zeitschr. für Strafrechtswiss. 1883. S. 632. — Die Aulieferung eigener Unterthanen mit Zustimmung derselben gestattet Basel 1872.

57) Nach einigen Verträgen mit Ausnahme des Falls, wenn der Thäter eine gewisse Zeit (drei Monat) verstreichen läßt, ohne sich zu entfernen.

oder wegen eines „politischen Delictes [58])“ beschränkt ist. — Innerhalb des deutschen Reichs ist nicht von Auslieferung, sondern nur noch von Ablieferung beschuldigter Personen die Rede, und zwar auf Grund des Gerichtsverfassungs-Gesetzes §. 157 ff, was gleichmäßig auf die nach Landesrecht, wie auf die nach Reichsrecht strafbaren Delicte zu beziehen ist.

§. 21 (21).

Ausnahmen von der Geltung der Strafgesetze [1]).

1) Da das strafrechtliche Interesse des Staates nicht das einzige rechtliche Interesse ist, welches für denselben in Betracht kommt, so ist es begreiflich, daß das Strafrecht unter Umständen vor einem überwiegenden sonstigen Interesse zurücktritt, was aber nur aus staatsrechtlichen und völkerrechtlichen Gründen der Fall ist [2]).

2) Und zwar sind aus staatsrechtlichen Gründen von der Geltung der Strafgesetze befreit

a) unbeschränkt und in jeder Hinsicht das Staatsoberhaupt des monarchischen Staats, dem nach neuerer Anschauung, aber im Gegensatz zum äteren deutschen Recht [3]), völlige Freiheit von Verantwortlichkeit zukommt, was nunmehr theils auf den Kaiser, theils auf die Landesherrn an der Spitze der

58) Für mehrere Verträge ist die Untersuchung, was unter einem „politischen Delict“ zu verstehen sei (vgl. oben Seite 45), nur in dieser Beziehung von Bedeutung.

1) Berner, Wirkungskreis S. 201 ff.; v. Bar internationales Privat- und Strafrecht S. 572 ff.; Harburger, der strafrechtl. Begriff des Inlands S. 98 ff. Unrichtig ist die Ueberschrift „Geltungsbereich in persönlicher Hinsicht“, da zwar Fürsten und Gesandte, nicht aber (siehe unten) Kriegsschiffe als Personen erscheinen

2) Nicht hierhin gehört St.G B. §. 10, ein Satz, der nur den Vorrang des Specialrechts vor dem generellen Recht ausspricht.

3) Vgl. das sächsische Weichbild, wonach über den König der Pfalzgraf von dem Rhein richten und das Urtheil „mit einer goldenen Barte“ vollstrecken soll; ebenso noch die Goldene Bulle von 1356, eine Auffassung, mit der erst die Reception des römischen Rechtes gebrochen hat.

deutschen monarchischen Staaten [4]) zu beziehen ist. Keine Befreiung dieser Art kommt den Mitgliedern der landesherrlichen Familien zu, einschließlich des Thronfolgers. Wohl aber steht dem Reichsverweser oder sog. Regenten das gleiche Vorrecht zu [5]), und zwar nicht nur solange er sich in der regentschaftlichen Stellung befindet, sondern auch für Handlungen, die er in der Zeit der Regentschaft beging;

b) in einer vereinzelten Beziehung die Mitglieder einer deutschen Volksvertretung [6]) oder sogen. gesetzgebenden Versammlung [7]), in welcher Beziehung theils der Reichstag, theils die Landesvertretung in den einzelnen deutschen Staaten in Betracht kommt [8]). Nicht gehört hierhin der Bundesrath, und nicht gehören hierhin die Vertretungen der im Staate bestehenden kleineren Kreise, auch wenn ihnen, (was der Regel nach nicht der Fall ist) eine Theilnahme an der Gesetzgebung (für diesen Kreis) zustehen sollte. Und zwar sind jene Mitglieder (Abgeordnete) befreit für alle Aeußerungen, welche sie in Ausübung

4) Und zwar auf die Landesherrn nicht nur in ihrem, sondern in jedem deutschen Staat, was nicht ausdrücklich gesagt ist, aber daraus folgt, daß dieselbe früher als fremde Souveräne befreit waren, woran nichts geändert werden sollte.

5) Fricker, Zeitschr. für Staatswissenschaft Bd. 31 S. 199 ff.

6) Herrmann, Archiv 1853 S 341 ff; Zachariae, Art. 84 der preußischen Verfassungsurkunde Leipzig 1866; v. Bar, Redefreiheit Leipzig 1868; Schleiden, die Disciplinargewalt parlament. Versammlungen Berlin 1879; Heinze, Straflosigkeit parlament. Rechtsverletzungen Stuttg. 1879; Kissling, Unverantwortl. der Abgeordneten Wien 1882; Fuld, Gerichtssaal 1883 S. 529 ff.; John, Rechtslexicon (Redefreiheit).

7) Der Ausdruck „gesetzgebende Versammlung“ soll nur die an der Gesetzgebung theilnehmende Versammlung bedeuten, eine glückliche Unbefangenheit des Gesetzes gegenüber Denen, die theoretisch sogar die Theilnahme der Volksvertretung an der Gesetzgebung bestreiten.

8) Für die Mitglieder des Reichstags vgl. die Reichsverfassung Art. 30; für die Mitglieder der Landesvertretungen St.G.B. §. 11. — Vgl. eine derartige Bestimmung schon in der bill of right von 1689, wogegen in Deutschland noch Joh. Jacob Moser nur den Schutz der ordentlichen Gerichte verlangte. Ferner die deutschen Landesverfassungen, von denen aber meistens Ausnahmen aufgestellt wurden.

ihres Berufes gethan haben, was nicht nur auf Aeußerungen in der Gesammtheit (im Plenum) sondern auch auf Aeußerungen in Ausschüssen und bei Abordnungen zu beziehen ist. Die in früheren Gesetzen für bestimmte Delictsarten gemachten Ausnahmen[9]) sind beseitigt, bezw. haben in das geltende Recht keine Aufnahme gefunden. Kein Grund aber liegt vor, jene Befreiung dahin ausdehnen zu wollen, daß die von einem Abgeordneten verübte Beleidigung auch nicht Gegenstand einer sog. Strafencompensation nach St.G.B. §. 199 sein könne[10]). — Endlich gehört hierhin

c) daß wahrheitsgetreue Berichte über die Verhandlungen einer deutschen sog. gesetzgebenden Versammlung in keiner Weise zum Gegenstand einer strafrechtlichen Verfolgung sollen gemacht werden können[11]), was nicht nur auf die Verfolgung einer Person, sondern auch auf die Maßregel des §. 42 des St.G.B. (sog. objectives Strafverfahren) zu beziehen ist[12]). Dabei kann auch ein abgekürzter Bericht als wahrheitsgetreu, andererseits die, wenn auch wörtliche Wiedergabe einer einzelnen Rede nicht als wahrheitsgetreuer Bericht erscheinen. Keinen Unterschied aber macht, ob über die ganze Verhandlung oder über einen (abgeschlossenen) Theil derselben berichtet wird, ob die Verhandlung öffentlich war oder nicht (doch sind die Verhandlungen des Reichstages immer öffentlich), und endlich ob die Berichterstattung selbst mündlich oder schriftlich erfolgt.

9) Im Sinne einer solchen wurde auch Art. 84 der preuß. V.U. gedeutet, der von „ausgesprochenen Meinungen", was der verhängnißvolle Beschluß des O.T. vom 29. Jan. 1866 (gegen Twesten) nicht auf jede Aeußerung beziehen wollte.

10) Anderer Meinung Reichsgericht III 5 März 1881; Olshausen, Nr. 5 zu §. 11; Fuld, Goltd. Archiv 1884 S. 533. Richtig Zimmermann, daselbst S 313 ff.; Oppenhoff, Nr. 6 zu § 11. — Vgl. unten die Lehre von der Beleidigung.

11) Reichsverfassung Art 22; St.G.B. §. 12.

12) Gerade desswegen ist der an sich auffallende Ausdruck „Berichte . . . bleiben von jeder Verantwortlichkeit frei" gewählt worden. Auch die Maßregel des Socialistengesetzes §. 1 muß als ausgeschlossen erscheinen.

3) Aus völkerrechtlichen Gründen sind von der Geltung der Strafgesetze befreit

a) fremde Staatsoberhäupter, d. h. Diejenigen, welche sich an der Spitze fremder monarchischer Staaten befinden, was wiederum auch auf fremde Reichsverweser oder Regenten (siehe oben), nicht aber auf depossedirte Fürsten zu beziehen ist[13];

b) fremde Gesandte, worunter nicht nur Gesandte im engeren Sinne, sondern beglaubigte Vertreter jeder Art zu verstehen sind[14], durchreisende Gesandte aber nur dann, wenn sie der inländischen Regierung als solche bezeichnet und von dieser zugelassen wurden[15]. Dabei kommt eine Befreiung im Reiche nur denjenigen Gesandten zu, die bei dem Reiche selbst beglaubigt sind, wogegen die bei einem Bundesstaat beglaubigten Gesandten nur eine Befreiung in dem betreffenden Lande genießen. Letzteres gilt auch für das Verhältniß der Mitglieder des Bundesrathes zu demjenigen Staate, in welchem der Bundesrath seinen Sitz hat[16]. Nicht selbstverständlich ist, daß diese Befreiung hinwegfällt, wenn der Betreffende Angehöriger des betreffenden Staates selbst ist[17], was allerdings für die bei dem deutschen Reiche beglaubigten Gesandten ausdrücklich gesagt ist[18];

c) die Umgebung der unter a und b genannten Personen[19], wohin theils die Familienmitglieder derselben, theils ihr Gefolge bzw. das Gesandtschaftspersonal, theils auch die nur in ihrem Dienste angestellten Personen gehören, wobei aber für diejenigen Personen, welche inländische Staatsangehörige sind, im Gerichtsverfassungs-Gesetz §. 19 eine ausdrückliche Ausnahme gemacht ist. Nicht etwa ist das Gesandt-

13) Harburger, Inland S. 205 f.

14) Vgl. Gerichtsverf.G. §. 18. — In Betreff der fremden Konsuln dagegen vgl. nur Gerichtsverf.G. § 21. (Wohl aber sind unsere Konsuln im Orient allgemein von der dortigen Gerichtsbarkeit befreit).

15) Harburger, Inland S. 204.

16) Gerichtsverf.G. §. 18.

17) Harburger, Inland S. 188 (bestritten).

18) Gerichtsverf.G. §. 18.

19) Gerichtsverf.G. §. 19.

schaftsgebäude als Gebietstheil des fremden Staats zu betrachten. Wohl aber ist letzteres der Fall

d) mit sog. Staatsschiffen eines fremden Staates, wohin insbesondere fremde Kriegsschiffe gehören. Diese sollen nicht bloß auf offener See, sondern auch im inländischen Seegebiete, bezw. im inländischen Hafen als Ausland gelten, sodaß auf ihnen (von irgend Jemandem) begangene Delicte nicht als im Inland, sondern als im Ausland begangen erscheinen [20]. — Den inländischen Strafgesetzen nicht unterworfen ist endlich

e) fremde bewaffnete Mannschaft (fremde Truppen), die sich mit Bewilligung des Inlandes auf inländischem Gebiete befindet, was nicht nur auf Delicte gegen Mitglieder derselben oder den fremden Staat [21]), sondern auf Delicte jeglicher Art Bezug hat.

20) Anders verhält es sich mit Handelsschiffen; vgl. Reichsgericht I 22. April 1880 (Schweizer Schiffe im Lindauer Hafen).

21) Anderer Meinung v. Bar, int. Privat- u. Strafrecht S. 575.

Zweiter Abschnitt.

Die thatsächlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit.

Erstes Buch.

Das Delict oder die strafbare Handlung.

§. 22 (22, 31).

Im Allgemeinen.

1) Voraussetzung der Strafbarkeit ist vor Allem die strafbare Handlung oder das Delict. Da aber Handlung die Willensbethätigung einer Person ist, so scheiden aus a) die unwillkürlichen oder Reflexbewegungen einer Person, wie wenn Jemand von Krämpfen befallen einen Anderen verletzt hat; b) dasjenige Geschehen, bei welchem die Person nur als willenloses Werkzeug für die Thätigkeit eines Anderen in Betracht kommt, (vis absoluta), sei es daß ihr Widerstreben überwältigt oder sie nur ohne ihren Willen als Werkzeug benutzt wird; wie wenn A den B in der Art stößt, daß dadurch eine Person oder eine Sache verletzt wird, oder wenn A dem B die Hand führt um hierdurch eine falsche Unterschrift zu bewirken[1]); c) dasjenige Geschehen, das von einem Unzurechnungsfähigen ausgeht, das wenigstens im Rechtssinn nicht als Handlung erscheint, wenn es auch sowohl im gewöhnlichen Sprachgebrauch wie im Gesetz (St.G.B. §. 51 ff.) ebenfalls noch Handlung genannt wird.

2) Kommt aber des Näheren der Inhalt des Handlungsbegriffs in Betracht, so fragt es sich zunächst, ob unter Hand-

1) In welchem Falle es sich aber fragt, ob nicht auch das passive Verhalten des B Verantwortlichkeit begründet, was sich (siehe unten) nach den Grundsätzen über Unterlassungsdelicte entscheidet.

lung nur die Thätigkeit als solche, d. h. das unmittelbare Eingreifen in die Außenwelt, zu verstehen sei, oder ob zum Begriff der Handlung auch gewisse Wirkungen derselben, insbesondere der dem betreffenden Delictsbegriff eigenthümliche Erfolg hinzugerechnet werden müsse. In dieser Beziehung ist unzweifelhaft, daß vielfach zum Begriff der Handlung allerdings die Wirkungen derselben, insbesondere jener Erfolg hinzugerechnet werden, wie dies theils im allgemeinen Sprachgebrauch, theils auch im Sprachgebrauch des Gesetzes (vgl. St.G.B. §. 1) der Fall ist. Ebenso bestritten aber ist, wie das Wort Handlung an verschiedenen anderen Stellen des Gesetzes, so insbesondere in §. 2 des St.G.B. mit Beziehung auf das zeitliche und in §. 3 des St.G.B. mit Beziehung auf das räumliche Geltungsgebiet des Strafgesetzes [2]) zu verstehen ist. Und zwar sind in dieser Hinsicht drei Ansichten aufgestellt worden, nämlich a) daß auch hier der Erfolg hereingezogen werden müsse [3]), sodaß das Delict auch an dem Ort, an welchem der Erfolg eintrat, bzw. zu der Zeit, zu welcher dies der Fall ist, als begangen angesehen werden müsse; b) daß außer der Thätigkeit selbst wenigstens noch die sog. Zwischenwirkungen (z. B. die Verwundung im Gegensatz zum eingetretenen Tode) in Betracht kommen [4]); endlich c) daß es in dieser Beziehung nur auf die Thätigkeit ankommt [5]). Von diesen Ansichten kann

2) Vergleiche dieselbe Frage im Strafproceßrecht hinsichtlich des Gerichtsstandes der begangenen That (St.P.O. §. 7), wo der gleiche Gegensatz der Ansichten vorkommt.

3) Köstlin, Neue Revision S. 877, System S 450; Berner, Imputationslehre S. 39 ff. (ebenso im Lehrbuch); Hälschner, preuß. Strafrecht I. S. 73, 121 (siehe jedoch unten Anm. 5); Binding, Normen II. S. 35 ff., Entwurf S. 24 ff.

4) Oppenhoff, N. 7 zu §. 3; Francke, Goltd. Archiv 1872 S. 39 ff., Nessel, Goltd. Archiv 1877 S. 1 ff.; Olshausen, N. 5 zu §. 3. Ebenso das Reichsgericht III 13. März 1880, I 15. März 1880, I 3. Febr. 1881, III 10. März 1884.

5) Wächter, Goltd. Archiv 1870 S. 521 ff., Vorlesungen S. 89, 130; (Goltdammer) Goltd. Archiv 1870 S. 248 f.; Bekker Theorie S. 273 ff., v. Bar, internat. Privat- und Strafrecht S. 554 ff., Goltd. Archiv 1870 S. 449 ff., Gerichtsaal 1876 S. 485 ff., 1883 S. 573; Seeger, Goltd. Archiv 1872 S. 184 ff.; Schütze, Lehrbuch S. 100;

aber nur die letzte als begründet erscheinen, da die Thätigkeit es ist, welche das Wesen des Delicts ausmacht, wogegen der Eintritt oder Nichteintritt der Wirkungen, insbesondere des Erfolges erst in zweiter Linie und der Regel nach nur für die Höhe der Bestrafung in Betracht kommt. Insbesondere ist es die Thätigkeit, welche unter denjenigen zeitlichen und örtlichen Verhältnissen begangen ist, deren Erwägung für die Regelung des Geltungsgebiets des Strafgesetzes maßgebend erscheint. Ein Bedenken hiergegen kann auch nicht daraus hergeleitet werden, daß danach die im Auslande begangene That, welche im Inlande Erfolg gehabt hat, als ein im Auslande begangenes Delict zu behandeln ist, da vielmehr die gesetzlichen Vorschriften über die im Auslande begangenen Delicte so gefaßt sein müssen, daß auch solche Fälle hinreichend getroffen werden können. Keine Ausnahme macht in dieser Beziehung die fahrlässige Verübung, für die es vielmehr ebenso wie für das vorsätzliche Delict auf Ort und Zeit der Thätigkeit ankommt. Eine Ausnahme hat nur für Preßdelicte zu gelten, aber nur insofern, als die nach §§ 20 u. 21 des Preßgesetzes zu präsumirende Thäterschaft in Betracht kommt, für welche es auf Zeit und Ort des Erscheinens bzw. des Verbreitens der betreffenden Druckschrift ankommt[6]. — Eine ausdrückliche Vorschrift ferner hat das Gesetz (§. 67 am Ende) noch über die Verjährungsfrist getroffen, für deren Beginn nicht der Erfolg, sondern die Handlung, und zwar wie anzunehmen die Thätigkeit mit Ausschluß der Zwischenwirkungen, für maßgebend erklärt ist. Zweifellos endlich ist, daß es hinsichtlich der

v. Rohland, internat. Strafr. I S. 30; Hälschner, Gerichtssaal 1878 S. 52 f., deutsches Strafrecht I S. 152; Lammasch, objective Gefährlichkeit S. 26, Zeitschrift von Grünhut 1882 S. 221; Hertz, Unrecht S. 145; Merkel, Zeitschrift für Strafrechtswiss. 1881 S. 579; Waag, Gerichtss. 1884 S. 243; Hrehorowicz, Grundbegriffe S. XIII; v. Bar u. Brusa, Thesen (Gerichtssaal 1883 S. 561) v. Liszt S. 117 ff.; Janka, österr. Strafr. S. 62; Württemb. Gerichtsbl. 1882 S 494 ff. (Stuttgart. Entscheidung).

6) Wogegen im Uebrigen, also insbesondere für die Handlung des Verfassers oder Einsenders, die allgemeinen Grundsätze entscheiden. Anders die Meisten, welche ohne gesetzliche Grundlage Ort und Zeit des Erscheinens, bzw. des Verbreitens maßgebend sein lassen

Zurechnungsfähigkeit des Thäters, sowie hinsichtlich des Erfordernisses der subjektiven Verschuldung (Vorsatz und Fahrlässigkeit) auf die Zeit der Thätigkeit, nicht die Zeit der eingetretenen Wirkungen, bzw. des eingetretenen Erfolges ankommt. Ueber die Frage nach Zeit und Ort der Unterlassungsdelicte sowie der Theilnahmehandlungen siehe bei den betreffenden Lehren.

3) Was aber jene Thätigkeit selbst betrifft, so können in dieser Beziehung nicht schon die etwaigen Vorbereitungshandlungen als maßgebend erscheinen (sofern nicht ausnahmsweise schon sie unter Strafe gestellt sind und es sich um Zeit und Ort ihrer eigenen Begehung handelt); vielmehr sind es die Ausführungshandlungen, auf die es ankommt. Wenn aber diese, wie dies in der Regel (ja genau genommen immer) der Fall sein wird, sich über eine gewisse Zeit erstrecken, bzw. wenn sie an verschiedenen Orten verübt sind, so könnte man geneigt sein, nur die letzte der zu ihnen gehörigen Thätigkeiten als maßgebend zu betrachten[7]), da erst dann die Verübung als solche fertig vorliegt und nur auf diese Weise eine sehr üble, aus der Anordnung in §. 2 des St.G.B. hervorgehende Folge vermieden werden zu können scheint[8]). In Wahrheit aber ist das Delict überall da und in jedem Zeitpunct begangen, wo irgend eine der verschiedenen Ausführungshandlungen vorfiel[9]). Und zwar hat dies nicht nur für das sog.

7) So in der That (Goltdammer) Goltd. Archiv 1860 S. 23 ff.; v. Buri, Gerichtssaal 1876 S. 163; Hälschner, d. Strafr. I S. 153; Schwarze, Kommentar 5. Aufl. S. 46 sowie das Reichsgericht III 29. Sept. 1880, Feriensenat 7. Sept. 1880; auch die 3. Auflage dieses Buches.

8) Die Folge nämlich, daß die unter dem milderen Strafgesetz begonnene That nach dem inzwischen erfolgten Erlaß eines härteren Gesetzes unbesorgt fortgesetzt werden könnte. In Wahrheit aber trifft dies nicht zu, da als nach §. 2 zu vergleichendes Gesetz nicht das mildeste, sondern das schwerste der zur Zeit der That geltenden Strafgesetze in Betracht kommt.

9) Das Gleiche gilt für die Frage, zu welcher Zeit Zurechnungsfähigkeit und subjective Verschuldung vorliegen müssen, wogegen allerdings der Lauf der Verjährungsfrist erst nach der letzten Thätigkeit anfängt.

Kollectivdelict, sowie für das sog. fortdauernde und fortgesetzte Delict (siehe unten die Lehre von der Strafanwendung), sondern auch für das einfache Delict und die dasselbe begründenden Einzelthätigkeiten zu gelten.

4) „That" ist die objective Seite der Handlung, sei es mit oder ohne Hereinziehung der Wirkungen, bzw. des Erfolges. Doch wird das Wort That auch für die Handlung selbst verwendet; oder auch es wird unter That das von einem Willenlosen oder Unzurechnungsfähigen Verübte verstanden, obwohl es ungeeignet wäre, den Ausdruck That hierauf zu beschränken [10]). „Thäter" ist der Handelnde, sei es der Handelnde im engeren Sinne, oder einschließlich des Willenlosen oder Unzurechnungsfähigen, der etwas sonst Strafbares verübte. Endlich wird unter Thäter theils nur der Urheber eines Delictes (Thäter im engeren Sinne), theils auch der Theilnehmer verstanden, wobei aber als gemeinsame Bezeichnung für Thäter und Theilnehmer auch die Ausdrücke Betheiligte, Mitwirkende (St.G.B. §§. 63, 243 Nr. 6, 250 Nr. 2) vorkommen oder auch der Ausdruck Theilnehmer (Theilnehmer im weiteren Sinne) verwandt wird.

5) Unter Handlungen im weiteren Sinne könnten auch innere Handlungen (geistige Einwirkungen des Thäters auf seinen eigenen leiblich-geistigen Zustand) verstanden werden, für die aber das oben (Seite 29) Gesagte in Betracht kommt und die deßwegen aus dem Begriffe der Handlungen im Rechtssinne ausscheiden. Wohl aber sind im rechtlichen Sprachgebrauch unter Handlungen im weiteren Sinne auch Unterlassungen verstanden, wie in mehreren der früheren Strafgesetzbücher ausdrücklich gesagt war [11]). Nicht freilich ist dies so zu verstehen, als ob auch die Unterlassung ein Eingreifen in die Außenwelt darstelle und insbesondere als ob durch die Unterlassung ein Erfolg herbeigeführt werden könne [12]), während es sich nur um die unter Umständen strafbare Nichtabwendung des Erfolges handelt. — Schief ist es, in der Unterlassung eine „innere

10) So Binding, Normen II S. 36. Siehe dagegen Hälschner, d. Strafrecht I S. 186.

11) Z. B. Württemberg 1839 Art. 1.

12) Näheres über diesen Irrthum, der die merkwürdigsten Constructionen veranlaßt hat, bei den Unterlassungsdelicten selbst.

Handlung" zu erblicken[13]), da auch sie sich vielmehr als etwas zugleich Aeußerliches, nämlich ein äußerliches Nichtgeschehen, darstellt.

6) Wie bei der Handlung als solcher, so ist auch bei dem Delicte die subjective oder Willensseite (auch innere Seite) und die objective oder Thatseite (auch äußere Seite) zu unterscheiden, eine Unterscheidung, welche naturgemäß der allgemeinen Darstellung vom Delicte zu Grunde gelegt wird[14]). Was aber die Reihenfolge zwischen beiden betrifft, so könnte daran gedacht werden, die objective Seite voranzustellen, da sie es ist, auf welche die subjective Seite Bezug hat[15]); dennoch ist es naturgemäß, die subjective Seite vorangehen zu lassen, da das Delict aus dem Innern des Thäters als aus seiner Quelle hervorgeht. Dabei gehört zur subjektiven Seite einmal die Lehre von dem möglichen Subject des Delictes (§. 23); sodann die Lehre von der Zurechnungsfähigkeit (§. 24); ferner die Lehre von der subjectiven Verschuldung, die theils an sich in Betracht kommt (§. 25), theils wiederum in die Lehren vom Vorsatz (§. 26) und der Fahrlässigkeit (§. 27) getheilt ist. Zur objectiven Seite aber sind zu stellen einmal die Thatseite des Delictes im Allgemeinen, wohin insbesondere auch die Fragen des Causalzusammenhangs und der Begehung durch Unterlassung gehören, sodann die Lehre vom Versuch und von der Theilnahme und endlich die Lehre von der Rechtswidrigkeit der That oder den sog. Schuldausschließungsgründen. Insbesondere gehört

13) So Janka, österr Strafrecht S. 58; vgl. auch Hälschner, d. Strafrecht S. 186 Anm. 1.

14) Anders Hälschner, (deutsches Strafrecht), welcher das „Verbrechen in formeller" und das „Verbrechen in materieller Beziehung" unterscheidet, zu Ersterem z. B. Zurechnungsfähigkeit und Causalzusammenhang, zu Letzterem die Schuldausschließungsgründe rechnend; doch gehören Form und Inhalt auch hier zusammen und sind z B. bei der Zurechnungsfähigkeit durchaus nicht zu trennen. Anders auch Schütze (Lehrbuch), durch dessen Eintheilung (Subject, Object und Mittel, Handlung, Willensbestimmung, Theilnahme) die Unterscheidung der beiden Seiten des Delictes verwischt wird.

15) So in der That v Liszt, ein Verfahren, welches insbesondere für die Lehre vom Inhalt der subjectiven Verschuldung Vortheile darbietet.

die Lehre von der Theilnahme nicht (wohin sie meistens gestellt wird) zur subjectiven, sondern zur objectiven Seite, da sich als das Eigenthümliche der Theilnahme nicht irgend eine subjective Besonderheit, sondern die materielle Unselbständigkeit der strafbaren Thätigkeit darstellt. Als ungeeignet muß es erscheinen, wenn von Manchen die Lehren von Vorsatz und Fahrlässigkeit, von Vollendung und Versuch, Thäterschaft und Theilnahme unter der Bezeichnung „Erscheinungsformen“ oder „Modalitäten“ des Delictes zusammengefaßt und der Darstellung vom Delict selbst nachgestellt werden [16]), da dieselben vielmehr zum Wesen des Delictes selber, und zwar theils zur subjectiven, theils zur objectiven Seite desselben gehören.

16) So schon Geib (Lehrbuch); Herrmann (Grundriß), ebenso neuerdings v. Liszt (Lehrbuch).

Erstes Kapitel.

Der Wille oder die subjective Seite des Delictes.

§. 23 (23).

Das Subject des Delictes.

1) Seinem Begriffe gemäß hat es das Strafrecht nur mit der Willensbethätigung menschlicher Wesen zu thun, sodaß die in früheren Rechten vorgekommene Bestrafung von Thieren[1]) sich theils nur als poetische Ausartung des Rechts, theils als Benutzung strafrechtlicher Formen zu polizeilichen Zwecken darstellt[2]).

2) Da aber willensfähig genau genommen nur der Einzelne sein kann, nicht auch Personengesammtheiten, denen nur in übertragener Weise ein sogenannter Gesammtwille zugeschrieben wird, und noch weniger sog. Zweckvermögen oder Stiftungen, so kann nicht davon die Rede sein[3]), daß auch sog. juristische Personen Subject eines Delictes sein könnten[4]). Vielmehr können, wenn die Mitglieder oder Vertreter einer

1) Vgl. Grimm, Rechtsalterthümer S. 664 ff.; Wilda, Strafrecht der Germanen S. 314 ff.; Osenbrüggen Studien S. 133 ff.

2) So wenn in Bern 1479 ein Proceß gegen Mäuse und Ratten angestellt wurde, um Maßregeln gegen die Eigenthümer zu rechtfertigen. Auch wurden gemißbrauchte Thiere in der Weise beseitigt, daß sie z B. mit dem Thäter zugleich verbrannt wurden

3) Sintenis, de delictis universitatum Servestae 1825; Lauenstein, de universitate, non delinquente Göttingen 1840. Ziegler, die Verbrechensunfähigkeit juristischer Personen Mitau 1852; v. Kries, de delictis universitatum Berlin 1876.

4) Eine ausdrückliche Bestimmung enthielt Bayern 1813 Art. 49. Anderer Meinung neuerdings Dahn, Vernunft im Recht S. 167; v. Liszt, Lehrbuch S. 103 f.

juristischen Person ein Delict begangen haben, immer nur diese, nicht die juristische Person selbst verantwortlich gemacht werden, während gegen die juristische Person selbst nur polizeiliche Maßregeln als zulässig erscheinen [5]). Anders das ältere deutsche und das canonische Recht, nach welchen insbesondere die Acht und der Bann auch über Gemeinden und Corporationen verhängt werden konnten [6]); und anders theilweise noch die spätere Praxis, nach welcher auch Geldstrafen (z. B. wegen Aufruhrs) gegen ganze Gemeinden erkannt wurden [7]). Anders endlich auch ausländische Rechte, nach denen unter Umständen auch gegen juristische Personen auf Geldstrafe erkannt wird [8]). In keiner Weise aber ist dies der Fall nach dem geltenden deutschen Recht, abgesehen davon (was aber genau genommen nicht hierher gehört), daß nach einzelnen Landesgesetzen eine Ungehorsams- oder Exekutivstrafe auch gegen Personengesammtheiten (z. B. gegen eine Behörde) erkannt wird (vgl. oben Seite 14).

§. 24 (24, 25).

Die Zurechnungsfähigkeit [1]).

1) Nicht jedes menschliche Wesen ist im Stande, einen strafrechtlich bedeutsamen Willen zu entfalten; und nicht Jeder,

5) Genossenschaftsgesetz von 1868 §. 35; Novelle zur Gewerbeordnung von 1881 §. 103.

6) Sachsenspiegel II, 72 §. 1; Constitutio Friderici II 1235 §. 13.

7) Vgl. Gierke, Genossenschaftsrecht II S. 522; Althusius S. 41; K. Oppenhoff, Strafrechtspflege zu Aachen S. 19.

8) So insbesondere das englisch-amerikanische Recht; H. Meyer, Grundzüge des Strafrechts S. 14 f. In der Straf.P.O. für New-York ist sogar ein besonderes Kapitel über das Strafverfahren gegen Corporationen enthalten

1) Berner, Imputationslehre Berlin 1843; v. Roenne, criminal. Zurechnung Berlin 1870; Jessen, Zurechnungsfähigkeit Kiel 1870; Hoppe, Zurechnungsf. Würzburg 1877; Bruck, zur Lehre von der criminal. Zurechnungsf. Berl. 1878; Barth, v. Kräwel, Teichmann, Strafrechtszeitung 1861, 1862, 1870; Gessler, Herzog, Roeder, Gerichtssaal 1870, 1872, 1874; Schütze, Goltd. Archiv 1873; v. Bar, Zeitschr. v. Grünhut 1875 S. 1 ff.; Wahlberg, Individualisirung S. 61 ff. 70 ff., Schriften I S. 1 ff.; Schaper, v. H. Handbuch II. S. 157 ff.; Geyer, daselbst IV S. 101 ff., Rechtslexicon (Zurechnungsf.).

bei welchem dies im Allgemeinen der Fall ist, ist hierzu jeder Zeit und unter allen Umständen im Stande. Vielmehr kommt es darauf an, ob der Betreffende sich überhaupt, bezw. zu der betreffenden Zeit in demjenigen geistigen Zustand befand, welcher strafrechtliche Verantwortlichkeit oder sogen. Zurechnungsfähigkeit begründet [2]). Dieser Zustand ist aber kein anderer, als der regelmäßige, normale geistige Zustand überhaupt, nur daß damit nicht der durchschnittlich vorhandene, sondern das Mindestmaß des normalen geistigen Zustandes gemeint sein kann. Keine Veranlassung liegt vor, den Ausdruck Zurechnungsfähigkeit mit dem Ausdruck Handlungsfähigkeit zu vertauschen [3]), obwohl allerdings der Sache nach die Zurechnungsfähigkeit sich als die Handlungsfähigkeit auf dem Gebiete des Strafrechtes darstellt.

2) Im römischen Recht früh beachtet, wenn auch längere Zeit nicht genügend von der subjectiven Verschuldung unterschieden [4]), ist das Erforderniß der Zurechnungsfähigkeit im älteren deutschen Recht nicht selten, insbesondere hinsichtlich der Verpflichtung zur Wergeld- und Bußzahlung, außer Acht gesetzt worden, bis die Carolina in Art. 179 bestimmte, daß hinsichtlich Dessen, der „jugent oder anderer gebrechlichkeyt halber wissentlich seiner synn nit haett", bei den Rechtsverständigen angefragt, d. h. Derselbe geeigneten Falls freigesprochen werden solle. Vollbeachtet in der gemeinrechtlichen Lehre, von der aber meist eine allgemeine Präsumtion der Zurechnungsfähigkeit aufgestellt wurde, ist auch dieser Gegenstand genauer erst von den neueren Gesetzgebungen behandelt, die aber theils hinsichtlich dieser Präsumtion, theils hinsichtlich der Begriffsbestimmung der Zurechnungfähigkeit, theils hinsichtlich der Arten der Unzurechnungsfähigkeit von einander abwichen.

2) Ein arger Fehler ist es, diesen geistigen Zustand mit derjenigen Freiheit des Handelns zu verwechseln, die durch Zwang (vis compulsiva) ausgeschlossen ist, oder gar mit einem wesentlichen Irrthum, in welchem sich der Thäter befindet. So Binding, Normen II S. 39, 86 f., Grundriß 3. Aufl S. 95 ff., was nichts Anderes als eine Verwechslung zwischen Zurechnungsfähigkeit und Zurechnung bedeutet.

3) So Binding, Normen II S. 42; auch Schütze, Goltd. Archiv 1873 S. 139.

4) Vgl. Pernice, Labeo II S. 50.

3) Handelt es sich aber darum, den Zustand der Zurechnungsfähigkeit näher zu bestimmen, so kann es nicht genügen, wenn in dieser Beziehung ein gewisser Grad von Einsicht für maßgebend erklärt, alleiniges Gewicht also auf die intellectuelle Seite des Geistes gelegt wird [5]). Und ebenso unrichtig andererseits ist es, wenn das Wesen der Zurechnungsfähigkeit in eine gewisse Beschaffenheit des Willens, nämlich in die Fähigkeit der Selbstbestimmung, gesetzt wird [6]). Vielmehr kann nur eine Verbindung beider Erfordernisse als das Richtige erscheinen [7]). Anders das geltende Recht, von welchem (§§. 56 u. 58) bei jugendlichen Personen und Taubstummen alles Gewicht auf die intellectuelle Seite, bei allen übrigen Personen aber (§. 51) alles Gewicht auf die Freiheit der Willensbestimmung gelegt wird. Doch kommt in Betracht a) daß die Feststellung der erforderlichen Einsicht in den genannten Fällen nicht ausschließt, daß die betreffende Person dennoch (aus anderen Gründen) unzurechnungsfähig sein kann, und b) daß in §. 51 nicht der Willensmangel allein, sondern in Verbindung mit Bewußtlosigkeit und Geisteskrankheit genannt ist. — Was aber insbesondere noch a) die erforderliche Einsicht betrifft, so kann in dieser Beziehung nicht maßgebend sein die Kenntniß der Strafbarkeit oder auch nur der Rechtswidrigkeit

5) So im Wesentlichen Köstlin, System I S. 156, Neue Revision S. 147; Berner, 12 Aufl. S. 122 ff.; Schütze, 2. Aufl. S. 30; Janka, österr. Strafr. 84. — Von früheren Gesetzen vgl. Bayern 1813, Braunschweig 1840, Oesterreich 1852, von welchen entwickeltes Denkvermögen, Vernunftgebrauch u. dgl. verlangt wird, Ausdrücke die vorwiegend auf die intellectuelle Seite des Geistes Bezug haben.

6) So im Wesentlichen Hälschner, deutsches Strafr. I S. 201 f.; Geyer, v. H Encyclopädie 4. Aufl. S. 885, Grundriß I S. 99, von welchen die „Fähigkeit eines freien Wollens" bzw. die „psychische Freiheit" für maßgebend erklärt wird. — Von früheren Gesetzen vgl. Sachsen 1855, 1868; Bayern 1861, welche freien Vernunftgebrauch, Fähigkeit der Selbstbestimmung betonen. Doch gehen die Ausdrücke in einander über.

7) So u. A. Wächter, Vorlesungen S. 131; Heinze, Gerichtssaal 1861 S. 428 ff.; Binding, Normen II S. 76; Heitz, Wesen des Vorsatzes S. 17, welche ein gewisses Maß von Einsicht und Fähigkeit der Selbstbestimmung verlangen. — Von früheren Gesetzen vgl. Württemb. 1839, Baden 1845. Richtig auch Zürich 1871.

der Handlung [8]), die vielmehr bei vorhandener Zurechnungsfähigkeit fehlen oder auch bei fehlender Zurechnungsfähigkeit vorhanden sein kann. Höchstens kann die zur Erkenntniß der Strafbarkeit erforderliche Einsicht verlangt werden, wie dies im geltenden Recht in der That bei den jugendlichen Personen und Taubstummen (§. 56, 58) der Fall ist; doch fällt dieselbe mit der normalen Einsicht, genauer ausgedrückt: mit dem Minimum normaler Einsicht zusammen. – Was ferner b) die erforderliche Willensbeschaffenheit betrifft, so kann wiederum nicht die Bestimmbarkeit durch die Vorstellung von der Strafe oder von der rechtlichen Vorschrift als maßgebend erscheinen [9]); vielmehr kann es auch in dieser Beziehung nur auf die normale Bestimmbarkeit und Entschlußfähigkeit, genauer auf das Minimum der normalen Bestimmbarkeit und Entschlußfähigkeit ankommen.

4) Nicht ausgeschlossen ist, daß dieselbe Person, und zwar zu derselben Zeit, für das eine Delict zurechnungsfähig, für das andere unzurechnungsfähig sein kann; und zwar hat dies nicht nur auf jugendliche Personen sondern auch auf Erwachsene Anwendung zu finden, indem z. B. die Trunkenheit derselben Person Unzurechnungsfähigkeit für das eine, nicht aber für das andere Delict begründen kann.

5) Auch im geltenden Recht aber ist nicht die Zurechnungsfähigkeit als positive Voraussetzung der Strafbarkeit behandelt; vielmehr findet sich umgekehrt, daß die Unzurechnungsfähigkeit zu einem Schuld- oder, wie das Gesetz ungenau sagt, zu einem Strafausschließungsgrunde erklärt ist, — eine negative Behandlungsweise, die keineswegs dadurch ignorirt werden darf, daß man, wie fast allgemein geschieht, neben den Unzurechnungsfähigkeits-Gründen des geltenden Rechts die Zurechnungsfähigkeit als positive Voraussetzung der Strafbar-

8) Anders Binding, Normen II S. 76, der das „Bewußtsein der Normwidrigkeit“ entscheiden läßt und Jeden als unzurechnungsfähig ansieht, der keine Kenntniß von der betreffenden, vielleicht ganz specialisirten Norm gehabt hat.

9) Anderer Meinung Feuerbach, Geib (Lehrbuch II S. 58) und Andere, welche die Bestimmbarkeit durch die Strafe, sowie Binding, Normen II S. 76, welcher Bestimmbarkeit durch die (gar nicht vorhandene) Norm für maßgebend erachtet.

keit hinstellt. Augenscheinlich dadurch veranlaßt, daß die jedesmalige Feststellung der Zurechnungsfähigkeit ungemein umständlich und der Regel nach überflüssig sein würde, hat jene negative Behandlung nicht die Bedeutung, daß nur der volle Beweis der Unzurechnungsfähigkeit Freisprechung begründe[10]; vielmehr muß die vernünftige Möglichkeit, daß Unzurechnungfähigkeit vorliegt, also jeder vernünftige Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit zur Freisprechung genügen. — Auch sind von derselben Ausnahmen gemacht für das jugendliche Alter (St.G.B. §. 57), sowie für den Fall der Taubstummheit (St.G.B. §. 58), in welchen Fällen jedesmal festgestellt werden soll, ob der Thäter mit der erforderlichen Einsicht, und zwar mit der zur Erkenntniß der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht gehandelt habe[11]. Dabei ist hinsichtlich des jugendlichen Alters entscheidend, ob der Thäter zur Zeit der That noch nicht das 18. Lebensjahr überschritten hatte, wobei es auch hier auf die Zeit der Thätigkeit, nicht auf den Eintritt der Wirkungen, bzw. des Erfolges ankommt[12].

6) Grade der Zurechnungsfähigkeit kann es genau genommen nicht geben, da die Frage der Zurechnungsfähigkeit entweder zu bejahen oder zu verneinen ist. Da und sofern jedoch unter Zurechnungsfähigkeit auch der sie begründende geistige Zustand verstanden werden kann, dieser selbst aber und mit Rücksicht darauf die Verschuldung des Thäters mannigfach abgestuft sein kann, so kann man insofern von einer geminderten oder verminderten Zurechnungsfähigkeit

10) So allerdings Herzog, Gerichtss. 1872 S. 435 ff., 1878 S 294 ff.; v. Tippelskirch, Gerichtssaal 1875 S. 249 f.; Oppenhoff zu §. 51; Stuttgarter Entscheidung v. 22. Dec. 1876. Näheres im Strafproceßrecht, nach welchem u. A. im schwurgerichtlichen Verfahren der Regel nach (abgesehen vom jugendl. Alter und Taubstummheit) keine besondere Frage auf Zurechnungsf. gestellt wird.

11) So nach Vorgang des Code pénal Art. 66 schon Preußen 1851 und Bayern 1861 (hinsichtlich des jugendl. Alters), nur daß von diesen das 16. Lebensjahr genannt war und das „Unterscheidungsvermögen" oder die „zur Unterscheidung der Strafbarkeit der That erforderliche Ausbildung" (französisch „discernement") verlangt wurde.

12) Vgl. oben §. 22 Nr. 2; außerdem §. 24 Nr. 3 am Ende.

reden, deren Nichtanerkennung als Milderungsgrund sich als ein schwerer Fehler des heutigen Rechts darstellt[13]).

7) Nicht ferner ist im geltenden Rechte die Unzurechnungsfähigkeit als solche genannt[14]); vielmehr sind bestimmte Gründe der Unzurechnungsfähigkeit[15]) als Schuldausschliessungsgründe behandelt, deren Ergänzung im Wege analoger Anwendung aber grundsätzlich nicht als ausgeschlossen erscheint[16]). Im Einzelnen aber sind zu unterscheiden

a) Zustände unentwickelter Geisteskraft, und zwar

α) das jugendliche Alter[17]), hinsichtlich dessen im römischen Rechte bestimmt war, daß Kinder unter 7 Jahren (infantes) niemals als zurechnungsfähig behandelt werden sollten, wogegen bei Personen über 7 Jahren es auf den einzelnen

13) Die nähere Erörterung dieses Gegenstandes und die Aufführung der verschiedenen Ansichten gehört aber nicht schon hierher, wohin sie meistens gestellt wird, sondern erst unten in die Lehre von der sogen. Strafänderung.

14) Anders noch Entwurf I, dessen allgemeine Fassung aber nachträglich bedenklich erschien.

15) Wenn neuerdings der Ausdruck „Zurechnungsunfähigkeit" bevorzugt wird (so von Hälschner, Geyer, v. Liszt, vgl. schon Goltdammer, Materialien I S. 403), so ist dies nicht weniger gezwungen, als wenn man etwa Liebensunwürdigkeit statt Unliebenswürdigkeit sagen wollte. Daß in dieser Beziehung zwischen activen und passiven Compositis zu unterscheiden sei (vgl. 3. Aufl.), mag nicht zutreffen (v. Liszt S. 142); jedenfalls aber ist das Wort zurechnungsfähig einheitlich genug, um als solches zum Gegenstand einer Verneinung gemacht zu werden

16) Vgl. oben S. 114. Anders v. Liszt S. 144, der dieselbe Ergänzung aber (vgl. oben S. 184 a E.) aus dem Begriff der Zurechnungsf. für zulässig erachtet. Eine noch größere Rolle als jetzt spielte die Analogie in diesem Puncte in Preußen 1851, wo nur Geisteskrankheit ausdrücklich genannt war.

17) Baumert, die Zurechnungsfähigkeit jugendlicher Personen Breslau 1877, v. Meyendorff, jugendl. Alter Zürich 1862; Schwarze, v. Holtzendorff, Gerichtss. 1868, 1874; Geyer, krit. Vierteljschr. 1875; Uhlmann, Zeitschr. v. Grünhut 1876, Gerichtssaal 1879; Lombroso, Goltd. Archiv 1884 S. 1 ff.

Fall ankomme und infantiae proximi ausnahmsweise, pubertati proximi schon regelmäßiger Weise verantwortlich gemacht werden könnten [18]). Keine bestimmte Grenze zog das ältere deutsche Recht, nach welchem häufig auch Kinder geringen Alters mit den schwersten Strafen belegt wurden, und auch die Carolina begnügte sich, das Alter unter 14 Jahren (für beide Geschlechter) als Milderungsgrund zu behandeln [19]). Doch entschied sich die gemeinrechtliche Lehre für die Grenze von 7 Jahren, bis in den neueren Gesetzgebungen theils eine solche Grenze überhaupt gestrichen wurde [20]), theils dieselbe auf 8 oder 10 oder 12 oder auch 14 Jahre hinaufgesetzt wurde, worauf dieselbe im geltenden Recht (für beide Geschlechter) auf das vollendete 12. Jahr bestimmt ist [21]). Doch sind auch gegen Personen unter 12 Jahren Sicherungs- und Besserungsmaßregeln für zulässig erklärt, wofür theils im Reichsgesetz selbst (St.G.B. §. 55 Absatz 2), theils in Landesgesetzen nähere Vorschriften [22]) ertheilt sind, wie auch gegen Personen zwischen 12 und 18 Jahren, falls bei ihnen die erforderliche Einsicht verneint wird (vgl. oben), derartige Maßregeln (hier aber nur nach Gerichtsbeschluß) für zulässig erklärt sind (St.G.B. §. 56 Absatz 2). Keine Frage ist, daß Personen über 12 Jahren auch für solche Delicte bestraft werden können, die nur an Personen z. B. unter 14 Jahren begangen werden können [23]). Ueber das jugendliche Alter als Milderungsgrund

18) Vgl. Lex 12 Dig. ad legem Cornel. de sicariis 48, 8; l. 22 pr. Dig. de lege Cornelia de falsis 48, 10; l. 3 §. 1 Dig. de injuriis 47, 10; l. 23 Dig. de furtis 47, 2; l. 5 §. 2 Dig. ad legem Aquiliam 9, 2; l. 111 Dig. de diversis regulis juris 50, 17.

19) Vgl. Art. 164 „von jungen Dieben.“

20) So im Code pénal, Preußen 1851 und Bayern 1861 was abstract genommen das Richtigste, gewiß aber unzweckmäßig ist. Mit Unrecht daher John, Entwurf S. 282 zustimmend

21) Die Grenze von 16 Jahren schlägt Sontag vor (Zeitschr für Strafr wiss 1881 S. 504 f.); doch wäre es bedenklich einen fast 16jährigen Brandstifter oder gar Mörder nur der Besserungsanstalt zu übergeben.

22) Vgl. ein besonderes preußisches Gesetz vom 13. März 1878; württemb. Polizeistrafgesetz von 1871 Art. 12.

23) Reichsgericht III 18. Dec. 82; anderer Meinung Villnow, Gerichtssaal 1884 S. 152 ff. Ueber die Frage, ob eine noch nicht eides-

sowie über seinen Einfluß auf die Strafvollstreckung siehe unten in der Lehre von der Strafänderung, bzw. von den Strafen. Dem sprüchwörtlichen Satze „malitia supplet aetatem“ kommt natürlich nicht die Bedeutung zu, daß von den gesetzlichen Altersgrenzen abgesehen werden dürfe. Eine besondere Vorschrift enthält das Militär St.G.B. (§. 50), wonach das jugendliche Alter ohne Einfluß auf die Bestrafung militärischer Delicte sein soll [24]). Vgl. ferner St.G.B. §. 361 Nr. 9, wo das Nichtabhalten jugendlicher Personen von bestimmten Delictsarten unter Strafe gestellt ist; ferner oben Seite 7 unter f.;

β) durch physische Mängel gehemmte Entwicklung, in welcher Beziehung im Gesetze selbst aber nur die Taubstummheit erwähnt und auch in dieser Hinsicht nur die erwähnte Vorschrift des §. 58 des St.G.B. ertheilt ist. Doch steht einer Ausdehnung dieser Vorschrift auf den Fall einer durch sonstige physische Mängel gehemmten geistigen Entwicklung nichts im Wege. Und ebenso ist es endlich

γ) mit den Fällen einer durch sociale Verhältnisse gehemmten geistigen Entwicklung zu halten (vgl. die seltenen Fälle isolirten Aufwachsens u. dgl.), Fälle, die zwar ebenfalls im Gesetze selbst nicht erwähnt sind, im Sinne des Gesetzes aber (nach dem, was oben S. 144 über analoge Anwendung gesagt wurde) ergänzt werden dürfen [25]).

b) Zustände vorübergehend aufgehobener Geisteskraft [26]), wofür im Gesetze der Ausdruck „Bewußtlosigkeit“ gebraucht wird, was aber wohl nicht bloß von

fähige Person wegen Meineids bestraft werden könne, siehe unten bei diesem.

24) Wobei aber in Betracht kommt, daß der Eintritt in den Militärdienst an das zurückgelegte 17. Lebensjahr geknüpft ist. Vgl. das Gesetz betr. die Verpflichtung zum Kriegsdienst (1872) §. 10.

25) Anderer Meinung Olshausen, N. 10 zu § 51; Geyer, Grundriß I S. 103; v. Liszt S. 144 (vgl. jedoch oben Seite 186 Anm. 16). Keine Beachtung ist bisher den unter β am Ende erwähnten Fällen geschenkt worden, jedoch mit Unrecht, da die geistige Entwickelung auch durch Blindheit (in Verbindung mit vernachlässigter Erziehung) in entscheidender Weise gehemmt sein kann.

26) Schwartzer, Bewußtlosigkeitszustände Tübingen 1878; Koch, Bewußtsein in Zuständen der Bewußtlosigkeit Stuttgart 1877.

Bewußtlosigkeit im eigentlichen Sinne, sondern auch von entscheidender Störung und Verkehrung des Bewußtseins zu verstehen ist, sodaß dahin nicht bloß der Schlaf[27]), völlige Betäubung und sinnlose Betrunkenheit, sondern auch Zustände der Schlaftrunkenheit, Fieberdelirien, höhere Grade der Betrunkenheit[28]) und höhere Grade geistiger Erregung oder des Affectes gehören, sobald durch sie „die Freiheit der Willensbestimmung" als ausgeschlossen erscheint[29]).

c) Zustände krankhaft gestörter Geisteskraft oder Geisteskrankheit[30]), wohin nicht schon Sinnestäuschungen (Hallucinationen) u. dgl., andererseits aber auch nicht bloß Wahnsinn und Blödsinn, sondern die mannigfachsten, theils nach ihren Erscheinungen, theils nach ihrer physiologischen Grundlage benannten Geisteskrankheiten gehören. Immer aber muß es sich um eine solche Störung handeln, welche die „Freiheit der Willensbestimmung" ausschließt. Nicht ist nöthig, daß eine Erkrankung des ganzen Geisteszustandes vorliegt oder daß ein Zusammenhang zwischen der in Rede stehenden That, und der geistigen Erkrankung stattfindet[31]). Vielmehr ist Jeder freizusprechen, der in irgend einer Beziehung als geisteskrank erscheint. Abzulehnen ist, daß Jemand bei gesundem Verstande ausschließlich von der Willensseite krank sein könne, wie dies theils für melancholische Zustände, theils

27) Einschließlich des Nachtwandelns, Hypnotismus u.s.w. Vgl. Spitta, die Schlaf- und Traumzustände der menschlichen Seele 2. Aufl. Tübingen 1882.

28) v. Schwarze, Gerichtssaal 1881 S. 430 ff. Geyer, Rechtslexicon (Trunkenheit). Im römischen Recht nur als Milderungsgrund erwähnt, ist die Trunkenheit gemeinrechtlich auch als möglicher Grund der Unzurechnungsf. anerkannt. Ueber ihre Bedeutung für die Strafzumessung später.

29) Daß der Affect nur, wenn er in Geisteskrankheit übergeht, die Zurechnungsf. ausschließt (Hälschner pr. Strafr I S. 116 f., d. Strafr. I S. 208 ff), ist nicht richtig; daß dasselbe bei Fiberdelirien der Fall sei (vgl. Olshausen, N. 8 zu § 51), habe ich nicht behauptet.

30) Vgl. die oben (bei den Hülfswissenschaften) genannten Werke.

31) Ein in Entwurf II aufgenommener Zusatz, daß die Unzurechnungsfähigkeit sich auf die vorliegende That beziehen müsse, ist gerade mit Rücksicht auf die Geisteskrankheit weggelassen worden.

für die sog. Monomanieen oder unwiderstehlichen Triebe[32]), theils für die sog. Paradoxie oder Antilogie des Willens[33]), theils für das sog. moralische Irresesein[34]) behauptet wurde, sei es daß in letzterer Beziehung an angeborene oder erworbene verbrecherische Neigungen oder an sog. Gemüthswahn gedacht wird. Bei der engen Zusammengehörigkeit der sogen. Seelenvermögen ist vielmehr anzunehmen, daß eine Erkrankung der Gemüths- und Willensseite auch nicht ohne Einfluß auf die Verstandesseite sein wird.

8) In allen diesen Fällen ist es an sich völlig gleichgiltig ob der betreffende Zustand (soweit nach der Natur desselben davon die Rede sein kann) verschuldet oder unverschuldet herbeigeführt wurde[35]); denn in keinem Falle kann der Thäter für das, was er in jenem Zustande verübte, (unmittelbar) verantwortlich gemacht werden. Mittelbar kann er allerdings auf das Schwerste verantwortlich sein, und zwar a) wenn der Thäter sich freiwillig in den Zustand der Unzurechnungsfähigkeit versetzte, dies aber unter den vorliegenden Umständen und mit Beziehung auf den dadurch herbeigeführten Erfolg[36]) sich als eine Fahr-

32) Behauptet sind ein Brandstiftungstrieb (Pyromanie), ein Stehltrieb (Kleptomanie), ein Vergiftungs- und allgemeiner Mordtrieb (Mordmonomanie), ein unwiderstehlicher Wollusttrieb (Satyriasis, Nymphomanie), ein unwiderstehlicher Zerstörungstrieb u.s.w. Die Annahme eines Brandstiftungstriebes wurde gebilligt durch eine preußische Anweisung an die Gerichte von 1824, gegen welche ein Gutachten der sog. wissensch. Deputation von 1851 auftrat. Vgl. Jessen, Brandstiftung in Affecten und Geistesstörung Kiel 1860.

33) Als ob Jemand bei völlig gesundem Verstande durch die bloße Vorstellung der That gegen seinen Willen zur That selbst fortgerissen werden könne. Vgl. Spitta, die Willensbestimmungen und ihr Verhalten zu den impulsiven Handlungen Tübingen 1881.

34) Aufgestellt von ausländischen Aerzten, wie Pritchard, Maudsley, Morel und Anderen. Vgl. aber v. Krafft-Ebing, Psychopathologie 2. Aufl. S. 241 ff., der betont, daß bei wirklicher Unzurechnungsfähigkeit auch der intellectuelle Mangel nicht fehlen wird.

35) Anders das Mil.St.G.B. §. 49, welches nur die unverschuldete Trunkenheit als Milderungsgrund oder gar Schuldausschließungsgrund gelten läßt.

36) Wir versäumen nicht, dies hinzuzufügen, da unsere früheren

lässigkeit darstellt, in welchem Falle eben Verantwortlichkeit wegen Fahrlässigkeit vorliegt; b) wenn der Thäter sich freiwillig in jenen Zustand versetzte, um in demselben den betreffenden Erfolg zu bewirken, in welchem Falle sogar vorsätzliche Verübung vorliegt, da und sofern auch das Sichversetzen in jenen Zustand ein Mittel der Verübung sein kann [37]. Ebenso schief wie unnöthig ist der hiefür erfundene Schulausdruck „actio libera in causa“ oder „actio ad libertatem relata“, da hier gar nichts zurückzubeziehen ist, sondern Zurechnungsfähigkeit und Thun sich in ganz richtigem Verhältniß zu einander befinden [38]. Endlich steht c) auch dem nichts im Wege, das schuldhafte Sichversetzen in den unzurechnungsfähigen Zustand als selbständiges Delict zu behandeln [39], etwa als qualificirtes Delict, wenn in demselben bestimmte an sich strafbare Handlungen begangen wurden [40].

9) Ob sog. lichte Zwischenräume (lucida oder dilucida intervalla) als Zustand der Zurechnungs- oder Unzurechnungsfähigkeit angesehen werden sollen, richtet sich danach, ob unter denselben eine vorübergehende Zeit geistiger Gesundheit oder (wie der Begriff überwiegend von den Aerzten gefaßt wird) nur ein Nachlassen der krankhaften Erscheinungen

Aeußerungen dahin verstanden wurden, als solle das schuldhafte Sichversetzen als solches genügen, was durchaus nicht gemeint war.

37) Anderer Meinung Savigny (Goltdammer, Materialien I S. 353); Köstlin, System S. 144; Hälschner, preuß. Strafrecht I S. 116 (anders deutsches Strafr. I S. 212); Schwarze, Gerichtssaal 1881 S. 446 ff.; Schütze, Lehrb. S. 122, Gerichtssaal 1883 S. 96 (abgesehen von Unterlassungen); Koppmann, Mil.St.G.B. zu §. 49 (ebenso). — Nicht richtig ist, daß ich die obige Möglichkeit nur mit Beschränkungen behauptet hätte (v. Liszt S. 141 Anm. 18).

38) Eine ausdrückliche Vorschrift enthielten Bayern 1813, Württemberg 1839, Hessen-Darmstadt 1841, Baden 1845, Thüringen 1850, Oesterreich 1852.

39) Vgl. Oesterreich 1852 Art. 523; Bayerisches Polizei-St.G.B. Art. 82.

40) So der Entwurf eines Trunkenheitsgesetzes von 1882, der aber darin verkehrt war, daß er die Strafe in diesen Fällen bis zur Hälfte der Delictsstrafe hinaufgehen ließ, während doch ein entsprechendes Delict gar nicht vorliegt.

zu verstehen ist. Im Zweifel hat man sich allerdings auch hier für die mildere Seite zu entscheiden. Ganz schief war es, wenn in früheren Gesetzen (Hannover 1840) bestimmt war, daß das Handeln im lichten Zwischenraum jedesmal bestraft, aber milder bestraft werden solle.

§. 25 (26).

Die subjective Verschuldung.
(Im Allgemeinen.) [1]).

1) Dem zurechnungsfähigen Menschen kann eine That zugerechnet werden nur dann, wenn sie auf subjectiver Verschuldung beruht, wobei unter subjectiver Verschuldung das ursachliche Verhältniß des Willens zur That zu verstehen ist. Dabei könnte der Ausdruck „subjectiv" überflüssig erscheinen, wenn nicht auch die äußere Verursachung gelegentlich als Verschuldung bezeichnet würde und es mithin auf eine deutlichere Hervorhebung des Gegensatzes ankäme. Ohne subjective Verschuldung zu strafen, ist ebenso ungerecht wie im Allgemeinen unzweckmäßig, und wenn dies mehrfach im positiven Rechte dennoch geschehen ist, so beruht dies theils auf unvollkommenen, insbesondere auch abergläubischen Vorstellungen, theils auf besonderen Zweckmäßigkeitsrücksichten, durch die jedoch das Absehen von der Verschuldung nur in unerheblichen Fällen gerechtfertigt sein kann. Lange Zeit gegenüber den besonderen Lehren von Vorsatz und Fahrlässigkeit vernachlässigt, ist die subjective Verschuldung erst in neuerer Zeit zum Gegenstande genauerer Aufmerksamkeit gemacht worden [2]).

1) Vgl. die beim Vorsatz zu nennenden Schriften; außerdem Schaper, v. H. Handbuch II S. 171 ff.; Binding, Normen I S. 107 ff. II S. 102 ff.; Wahlberg, Schriften I S. 1 ff. III S. 230 ff.; Lucas. die subjective Verschuldung Berlin 1883, Gerichtssaal 1884 S. 401 ff.; Fuchs, Gerichtssaal 1884 S. 1 ff; Rupp, modernes Recht und Verschuldung Tübingen 1880; H. Meyer, Gerichtssaal 1881 S. 101 ff. — Mit besonderer Rücksicht auf Uebertretungen Hälschner, Gerichtssaal 1865 S. 321 ff; Loos, Strafrechtszeitung 1870; Weingart, Anwendung der allgemeinen Grundsätze Dresden 1879; Rotering, Goltd. Archiv 1883 S. 350 ff.

2) Vgl. aber schon unsere erste Auflage (1875) §. 25

2) Im ältesten Recht vielfach insofern vernachlässigt, als auch an die zufällige Verübung, insbesondere die zufällige Tödtung gewisse Rechtsfolgen geknüpft waren[3]), ist das Erforderniß subjectiver Verschuldung wie im späteren römischen Recht, so auch in der gemeinrechtlichen Rechtsprechung und in der neueren Gesetzgebung durchaus festgehalten worden. Beeinträchtigt wurde dasselbe nur dadurch, daß a) gemeinrechtlich mehrfach eine Vermuthung der subjectiven Verschuldung, insbesondere des Vorsatzes aufgestellt wurde, die in der neueren Gesetzgebung auf Specialgesetze (siehe unten) beschränkt ist und daß b) nach den neueren Gesetzgebungen aus angeblichen oder wirklichen Zweckmäßigkeitsgründen allerhand Ausnahmen von dem Erforderniß der subjectiven Verschuldung gemacht werden.

3) Fragen wir aber, auf welche Voraussetzungen der Strafbarkeit das Erforderniß subjectiver Verschuldung sich zu beziehen hat[4]), d. h. welche Umstände der Thäter gekannt haben muß, damit vorsätzliche, welche er vernachlässigt haben muß, damit fahrlässige Verübung vorliege, so sind auszusondern

a) Art und Größe der Strafe, da die Bestrafung selbst nicht davon abhängig sein kann, was der Thäter sich über die Höhe seiner Strafwürdigkeit gedacht hat;

b) ebenso das Strafgesetz selbst, und zwar sowohl nach seinem Dasein[5]) wie nach seinem Geltungsge-

3) So im ältesten römischen Recht, in welchem die Rechtsfolgen der fahrlässigen Tödtung und Körperverletzung (vgl. oben S. 67) auch in den Fällen zufälliger Verübung zur Anwendung gekommen sein mögen; ebenso im älteren deutschen Recht in welchem die Verpflichtung zur Wergeld- und Bußzahlung nicht durchaus an subjective Verschuldung geknüpft war.

4) Gerade diese Frage wird auch noch in neueren und neuesten Darstellungen vorwiegend im Zusammenhang mit dem Vorsatz, nicht (wie erforderlich) gemeinschaftlich für Vorsatz und Fahrlässigkeit behandelt. Richtiger das Gesetz selbst, welches im §. 59 eine auf Vorsatz und Fahrlässigkeit gemeinschaftlich bezügliche, (wenn auch unvollständige) Vorschrift ertheilt hat.

5) Anderer Meinung Ortmann, Gerichtssaal 1877, 1878; Weingart, Anwendung der allgem. Grundsätze S. 27; Schwartzer, Bewußtlosigkeitszustände S. 1. Auch Schütze Lehrbuch S. 117, der das

biet[6]), da die Anwendung des Gesetzes auch nicht von der Vorstellung des Thäters von dem Gesetze abhängig sein kann und die Grundsätze über das Geltungsgebiet des Gesetzes in rein objectivem Sinne gemeint sind, sodaß z. B. die Vorschriften über die im Inlande und von Inländern begangenen Delicte zur Anwendung kommen, auch wenn der Thäter irrthümlich sich im Auslande zu befinden oder ein Ausländer zu sein vermeinte[7]); ebenso

c) diejenigen thatsächlichen Voraussetzungen, welche außer dem Delicte selbst zur Strafbarkeit erfordert werden, wie dies insbesondere mit dem bei manchen Delicten (siehe unten) aufgestellten Antrags- und Ermächtigungserforderniß der Fall ist. Auch Derjenige also wird gestraft, welcher der Nichtstellung des Antrags sicher zu sein glaubte, bzw. das Delict irriger Weise für ein Antragsdelict hielt, während das Gesetz die Verfolgung desselben von Amtswegen vorschreibt[8]). Vielmehr kann sich das Erforderniß subjectiver Verschuldung nur beziehen

d) auf das Delict selbst; nicht aber auf die subjective Seite desselben, da es widersinnig sein würde, die Zurechnungsfähigkeit des Thäters und die Verschuldung selbst von dem Bewußtsein des Thäters über diese Umstände abhängig zu machen, vielmehr nur auf die objective Seite desselben, deren Verwirklichung es ist, die unter Strafe gestellt ist[9]). Doch ist

Bewußtsein der Strafbarkeit erfordert, sogleich freilich hinzusetzt, daß dies vom Gesetze fingirt werde.

6) Anderer Meinung v. Rohland, internat. Strafrecht S. 125 ff., auf Grundlage der Normentheorie, die zugleich durch diese Folgerung widerlegt wird. Nicht bestimmt genug gegen diesen völlig undurchführbaren Standpunct Hälschner, deutsches Strafrecht I S. 148. Vgl. schon oben Seite 165.

7) Auch die irrige Meinung, ein exterritorialer Fürst oder Gesandter zu sein, kann dem Thäter nicht helfen.

8) So auch das Reichsgericht II 1. Juli 1881. — Wohl aber ist Straflosigkeit anzunehmen, wenn der Thäter der irrigen Meinung war, sich die Sache eines Ehegatten oder Descendenten zuzueignen, (vgl. St.G.B. §. 247 Absatz 2), da hier ein Irrthum über ein die Beschaffenheit der That selbst betreffendes Merkmal vorliegt. Anderer Meinung Binding, Normen II S. 275, Olshausen, zu §. 247; richtig v. Bar, Goltd. Archiv 1871 S. 650; Merkel, v. H. Handb. III S. 711.

9) In diesem Sinne sind die in §.59 des St.G.B. erwähnten „That-

zu beachten, daß diejenigen Eigenschaften des Subjectes, die das Gesetz zu dem besonderen Thatbestand des Delictes erfordert (z. B. die Beamteneigenschaft, die Wehrpflichtigkeit des Thäters), insofern zur objectiven Seite des Delictes gehören. Und gleichgültig endlich ist es, ob man es mit einem thatsächlichen Verhältniß als solchem oder mit einem Rechtsverhältniß (z. B. dem Bestehn eines Eigenthumsverhältnisses, einer Ehe u.s.w.) zu thun hat, weßhalb ein Rechtsirrthum insofern einem thatsächlichen Irrthum vollkommen gleichsteht[10]), wobei übrigens in Betracht kommt, daß auch ein Rechtsirrthum dieser Art von Manchen zum thatsächlichen Irrthum gezählt wird. — Was aber

e) die Frage betrifft, ob alle zur objectiven Seite des Delictes gehörenden Umstände von der subjectiven Verschuldung umfaßt sein müssen, so ist grundsätzlich diese Frage zu bejahen, und zwar sowohl soweit es sich um strafbegründende Umstände (Merkmale des Thatbestandes selbst), als soweit es sich um strafändernde Umstände (erschwerende Umstände) handelt. Nur Derjenige kann strafbar sein, der alle für die Strafbarkeit wesentlichen Umstände kannte, bzw. hätte kennen sollen; und nur Derjenige kann entsprechend schwerer strafbar sein, der die betreffenden erschwerenden Umstände gekannt hat oder hätte kennen sollen. Ein Unterschied zwischen Delictsmerkmalen im engeren Sinne, bei welchen sich diese Beziehung auf die subjective Verschuldung von selbst verstehen

umstände" zu verstehen. Ebenso im Wesentlichen schon Wächter, Vorlesungen S. 144 f.; Gessler, Dolus S. 91; Schaper, v. H. Handbuch II S. 186; Lucas, subjective Verschuldung S. 8; bestimmter Heitz, Wesen des Vorsatzes S. 9, 21. — Anders Olshausen N. 4ª zu §. 59, der auch die subjectiven Merkmale, sowie v. Liszt S. 160, der alle Merkmale des besonderen Thatbestandes und nur diese hervorhebt. Unzweifelhaft aber ist, daß das Erforderniß der subjectiven Verschuldung nicht auf den für die einzelne Delictsart erforderlichen Vorsatz (ein subjectives Merkmal des besonderen Thatbestandes), wohl aber z. B. auf das Erforderniß des Causalzusammenhangs (ein objectives Erforderniß des allgem. Thatbestandes) zu beziehen ist.

10) Vgl. schon Lex 36 §. 1, L. 37 pr. Dig. de usurpationibus 41, 3; L. 21 §. 3 Dig. de furtis 47, 2. Ferner Wächter, Lehrbuch I S. 121; Köstlin, System I S. 377; Hälschner, preuß. Strafr. I S. 39, deutsch. Strafr. I S. 264.

soll, und sog. Strafbarkeitsmerkmalen, bei welchen dies nicht der Fall sein soll[11]), ist durchaus nicht begründet; vielmehr kann die Aufstellung eines solchen nur zu den größten Ungerechtigkeiten führen. Wohl aber ist im geltenden Recht eine Reihe von Ausnahmen gemacht, die sich aus wirklichen oder angeblichen Zweckmäßigkeitsgründen erklären, jedoch höchstens in geringeren Fällen als gerechtfertigt erscheinen. Hierhin gehört α) daß in manchen Fällen der Eintritt eines schwereren Erfolges als erschwerender Umstand behandelt ist, ohne daß derselbe auf subjectiver Verschuldung zu beruhen braucht[12]), β) daß das Gesetz in manchen Fällen eine Vermuthung oder Präsumtion der Verschuldung aufstellt, die bis auf Weiteres zu gelten hat, bzw. bis dahin, daß von Seiten des Beschuldigten der Beweis seiner Nichtschuld geführt wird[13]);

11) Wie ein solcher von Binding auf Grund der Normentheorie gemacht wird, vgl. Normen II S. 400 ff., 465, 50 ff. Gegen denselben Wach, Gerichtssaal 1873 S. 445; Geyer, krit. Viertelj.schr. 1878 S. 585 ff.; Hälschner, deutsches Strafrecht I S. 281. Jedenfalls fehlt es an einer festen Grenze zwischen beiden Arten, da die „Norm" beliebig eng oder weit gefaßt werden kann.

12) Vgl. vor Allem die schwere Körperverletzung in §§. 224 u. 226; außerdem die §§. 118, 178, 206, 220, 224, 226, 227, 229, 239, 251, 307 und 309, 312, 314–316, 321–324; von strafrechtlichen Nebengesetzen das Gesetz über die Beseitigung von Ansteckungsstoffen (1876) §. 5, das Nahrungsmittelgesetz (1879) §§. 12—14, das Rinderpestges. (1881) § 4; das Sprengstoffgesetz (1884) §. 5 Absatz 2 (wogegen in Abs. 3 Fahrlässigkeit verlangt wird). Freilich ist nicht unbestritten, ob nicht dennoch hier Fahrlässigkeit verlangt wurde (vgl. unten bei der Körperverletzung). Gerechtfertigt ist dies Absehen von der Verschuldung nur insoweit, als es sich um eine Abstufung innerhalb des angemessenen Strafrahmens je nach der objectiven Schwere der That handelt, also aus demselben Grunde, aus welchem die Strafe des vollendeten Delictes über die Versuchsstrafe hinausgeht. Anders Binding, der auch hier den Unterschied zwischen Delicts- u. Strafbarkeitsmerkmalen herbeizieht.

13) So im Preßgesetz §§. 20, 21 hinsichtlich der Verantwortlichkeit des Redacteurs u.s.w. einer periodischen Druckschrift; ferner in den Zoll- und Steuergesetzen (des Reichs und der einzelnen Staaten), im (Reichs-) Gesetz über die Nationalität der Kauffahrteischiffe, im Rinderpestgesetz, im Actiengesetz, in den Forst- u. Feldpolizeigesetzen

γ) daß das Gesetz unter Umständen von jedem Nachweis einer Verschuldung absieht, sondern gewisse äußere Beziehungen des Beschuldigten zu dem Geschehenen für genügend erklärt hat [14]). Da aber

f) keine Handlung unter allen Umständen strafbar ist, vielmehr bei einer jeden Handlung irgendwelche Schuldausschließungsgründe vorliegen können, so ist auch dies in den Bereich der subjectiven Verschuldung hereinzuziehen und zu sagen, daß nur Derjenige der vorsätzlichen Verübung schuldig sei, der nicht etwa das Vorhandensein eines im Rechte anerkannten Schuldausschließungsgrundes annahm [15]), daß aber die fahrlässige Annahme eines im Rechte anerkannten Schuldausschließungsgrundes Verantwortlichkeit wegen fahrlässiger Verübung begründet. Ebenso ist

g) bei der irrigen Annahme eines Milderungsgrundes nur wegen der entsprechenden geringeren Verschuldung zu strafen [16]), da es ungerecht sein würde, den Thäter auf Grund

u.s.w. Ueber die Verantwortlichkeit des Redacteurs vgl. die Entscheidungen des Reichsgerichts II 14. Novemb. 1879, II 6. April 1880, I 26. April 1880, III 4. März 1882, III 19. April 1882, III 5. Feb. 1884, III 24. Nov. 1884. In den Zoll- und Steuergesetzen ist mehrfach vorgeschrieben, daß beim Nachweis der Nichtschuld noch eine Ordnungsstrafe (vgl. oben S. 11 f.) verhängt werden solle.

14) So an keiner Stelle (auch nicht in §. 369 Nr. 2) das St.G.B.; wohl aber das Vereinszollgesetz (1869) §. 137 Abs. 1. Vgl. auch die landesgesetzlichen Vorschriften über die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Erben wegen vorenthaltener Steuern.

15) Anderer Meinung Wessely, Nothstand S. 35 f. 53; v. Liszt, Lehrbuch S. 153, Heitz, Wesen des Vorsatzes S. 37. Richtig aber die Meisten; u. A. Olshausen Nr. 25 [d] zu §. 59, der jedoch eine (durch §. 53 Absatz 3 nicht gerechtfertigte) Ausnahme für den Fall eines Irrthumes über die Grenze der Nothwehr macht, ferner Lucas, Verschuldung S. 100, der aber ohne Grund die auf Rechtsirrthum beruhende Annahme eines (im Rechte anerkannten) Schuldausschließungsgrundes ausnimmt. Richtig das Reichsgericht II 28. October 1879 (irrige Annahme der Nothwehr).

16) Anderer Meinung wiederum Binding, Normen II S. 513, nach welchem die Mutter, welche irrthümlich die Unehelichkeit des Kindes annahm, wegen gemeinen Mordes zu strafen wäre, eine Ansicht, von der mit Recht gesagt ist (Kessler, Einwilligung S. 103), daß es leicht sei auf dem Papiere einer Theorie zu Liebe die Leute zu köpfen.

eines von ihm nicht vorausgesetzten Thatbestandes zu strafen. Unrichtig aber wäre es

b) das Erforderniß der subjectiven Verschuldung auf eine in allen Fällen erforderliche „Rechtswidrigkeit“ der That zu beziehen [17]), wonach die irrige Annahme rechtmäßiger Verübung jedesmal Straflosigkeit begründen würde [18]). Vielmehr

17) Allerdings sind in dieser Beziehung die Ansichten völlig getheilt. Für das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit (als allgemeines Erforderniß des Vorsatzes): Feuerbach, Lehrbuch §. 53; Osenbrüggen, Abhandlungen S. 24 ff.; Temme, preuß. Strafr. §. 40; Schaper, v. H. Handbuch II S. 195 ff; Binding, Normen II S. 403 f., 486 ff. (der sogar Kenntniß der besonderen „Norm“ erfordert); Oetker, Einfluß des Rechtsirrthums Kassel 1876; Janka, Nothstand S. 134, österreich. Strafrecht S. 82; v. Schwarze, Kommentar (zu §. 59); Hertz, Unrecht S. 152; Hrechorowicz, Grundbegriffe S. 207; Olshausen, Kommentar (Nr. 30 zu §. 59); Ortloff, Gerichtssaal 1882 S. 409 f. — Gegen dasselbe: Luden, Abhandlungen II S. 500 ff., Jenaer Litteraturzeit. 1878 S. 142 f.; Köstlin, System S. 35 ff.; Berner, Imputationslehre S. 39 ff.; Breidenbach, Kommentar II S. 27 ff.; John, Entwurf S. 289 ff.; Wächter, Vorlesungen S. 146 ff. 157 ff.; v. Buri, Abhandlungen S. 190 ff.; v. Tippelskirch, Gerichtss. 1875 S. 250 ff.; Oppenhoff, Rüdorff-Stenglein, Rubo zu §. 59; Simon, Gerichtssaal 1880 S. 416 ff.; Lucas, subjective Verschuldung S. 78 ff.; Gerichtssaal 1884 S. 421 ff.; Fuchs, Gerichtssaal 1884 S. 6; v. Liszt, Lehrbuch S. 151; Heitz, Wesen des Vorsatzes S. 16. Auch Hälschner, preuß. Strafr. I S. 35 ff. 196 ff., deutsches Strafrecht I S. 198, 253 ff. und Heinze, Gerichtssaal 1861 S. 397 ff., von welchem Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit; Bekker, Theorie S. 566 ff., von welchem Bewußtsein der Staatswidrigkeit; Gessler, Dolus S. 256 ff., Gerichtssaal 1858, 1862, von welchem Bewußtsein der Strafwürdigkeit; Geyer, Erörterungen S. 26 ff., Zeitschrift für Strafr.wiss. 1883 S. 627 ff., v. H. Encycl. S. 886, 892, Grundriß I S. 110, von welchem (de lege ferenda) Bewußtsein der Uebelthat verlangt wird. Vgl. auch H. Meyer, Gerichtssaal 1881 S. 119, Lehrbuch 3. Aufl. S. 152, daß eigentlich Bewußtsein der Gesellschaftswidrigkeit verlangt werden müßte, dies aber ein zu unbestimmtes Erforderniß ist, als daß die Gesetzgebung darauf eingehen könnte.

18) Die Herleitung dieser Ansicht aus dem positiven Recht ist sowohl für das ältere, wie für das neuere, insbesondere auch das geltende Recht verfehlt, indem a) die Stellen des römischen Rechts, in welchen der Rechtsirrthum von Frauen, Minderjährigen und rustici bei „delicta

kann das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nur bei denjenigen Delicten verlangt werden, deren Besonderheit in einer Rechtsverletzung besteht, sei es daß, wie bei den meisten Vermögensdelicten [19]), die Verletzung eines subjectiven Rechtes oder, wie bei den Ehedelicten, die Verletzung eines bestehenden Rechtsverhältnisses oder, wie bei manchen Polizeidelicten und Delicten des Verwaltungsstrafrechts, die schuldhafte Verletzung gerade einer rechtlichen Vorschrift in Betracht kommt [20]) Der Thatbestand dieser Delicte fällt allerdings hinweg, sobald der Thäter sich aus einem, wenn auch noch so irrigen Grunde zur That für berechtigt erachtet, was im Uebrigen nur etwa noch für diejenigen (wenigen) Delictsarten behauptet werden könnte, bei denen (wie beim Hausfriedensbruch, der Nöthigung, der Sachbeschädigung und einigen anderen) das Gesetz das Erforderniß der Rechtswidrigkeit als ein positives Delictsmerkmal behandelt [21]).

juris civilis“ für entschuldbar erklärt wird, nicht auf alle Delicte bezogen zu werden braucht, zumal ihnen andere Stellen (wie l. 15 pr. Dig. de falsis 48, 10; l. 16 §. 5 Dig. de public. 39, 4) entgegenstehen; indem b) die neueren Gesetzgebungen fast sämmtlich ausdrücklich erklärten, daß die Nichtkenntniß des Strafgesetzes nicht entschuldigen solle, wobei nur von einigen (preuß. Landrecht, Bayern 1813, Württemberg 1839, Hannover 1840) eine Ausnahme für den Fall unverschuldeter Nichtkenntniß gemacht wurde; und indem c) was das geltende Recht betrifft, §. 59 des St.G.B. nur auf Thatbestandsmerkmale zu beziehen ist. Vgl. auch Vereinszollgesetz (1869) §. 163; allerdings auch Urhebergesetz 1870 §. 18 (ebenso die Gesetze von 1876). — Das Reichsgericht hat sich in einer Entscheidung (II 24. Oct. 1880) für das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als allgemeines Erforderniß des strafrechtlichen Vorsatzes, im Uebrigen aber fortdauernd dagegen ausgesprochen, so II 9. Dec. 1879, I 23. Jan. 1880, I 11. März 1880, III 25. Sept. 1880, I 12. April 1883, I 17. Oct. 1883.

19) Nicht bei allen; vgl. den Wucher (§. 302^{a}).

20) Was insbesondere noch diese Vorschrift betrifft, so ist es Sache der Auslegung des betreffenden Gesetzes, bzw. der betreffenden Verordnung, ob (was die Regel bildet) die Handlung als solche oder die schuldhafte Verletzung der Vorschrift selbst unter Strafe gestellt ist. Nur selten sind hierüber, wie in den Versicherungsgesetzen und im Socialistengesetz, ausdrückliche Bestimmungen getroffen.

21) Auch für diese Delictsarten wird es richtiger sein, dies Er-

4) Wie schon angedeutet, sind aber zwei Formen oder Arten der subjectiven Verschuldung zu unterscheiden, nämlich a) diejenige Willensschuld, bei welcher der Wille des Handelnden auf die Verwirklichung der strafrechtlich erheblichen Erscheinungen gerichtet ist, — Willensschuld in positiver Richtung, positive Willensschuld oder Vorsatz, und sodann b) diejenige Willensschuld, bei welcher der Thäter die betreffenden Erscheinungen, zwar nicht gewollt hat, aber auch nicht hinreichend auf ihre Vermeidung bedacht war, — Willensschuld in negativer Richtung, negative Willensschuld oder Fahrlässigkeit [22]. Und kein Zweifel ist, daß auch die zweite Art der Verschuldung keinen bloßen Verstandesfehler, sondern eine Willensschuld darstellt [23], und zwar nicht bloß insofern, als der Thäter sich nicht zu einem hinreichenden Denken, sondern insofern, als er sich nicht zu dem richtigen Verhalten bestimmt hat [24]. Keineswegs freilich wird im geltenden Recht bei allen Delictsarten neben der vorsätzlichen auch die fahrlässige Verübung gestraft; doch beruht dies keineswegs auf inneren, sondern auf äußeren Gründen, indem die Bestrafung auch der fahrlässigen Verübung vielfach zu umständlich sein oder auch eine unverhältnißmäßige Beschränkung der persönlichen Freiheit herbeiführen würde. — Darüber

forderniß auch in subjectiver Beziehung so auszulegen, daß der Thäter sich nicht aus einem im Rechte anerkannten Grunde für berechtigt halten darf. Der rein formelle Unterschied, ob das „rechtswidrig" genannt oder nicht genannt ist, kann nicht eine materielle Verschiedenheit in der Behandlung dieser Delicte gegenüber anderen begründen. Anders noch die früheren Auflagen.

22) Wie dieser Gegensatz des Positiven und des Negativen in den Begriffen des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit bestritten werden kann (Binding, Normen II S. 102 ff.), wäre nicht zu verstehen, wenn dabei nicht ein ganz unrichtiger Vorsatzbegriff zu Grunde gelegt würde. Vgl. freilich auch Hälschner, deutsches Strafrecht I S. 321; Ortloff, Gerichtssaal 1882 S. 419. Andererseits Jhering, Zweck im Recht II S. 69; Merkel, Encyclopädie S. 127.

23) Anderer Meinung Aeltere (wie v. Almendingen) und neuerdings Lasson (Rechtsphilosophie), der desswegen die Strafe der Fahrlässigkeit aus dem Criminalrecht heraus- und dem Disciplinarrechte zuweist. Auch Schlossmann, Vertrag S. 323.

24) Anders Hälschner, der nur das Erstere hervorhebt.

aber, ob ein Delict Vorsatz erfordert oder auch in der Form fahrlässiger Verübung bestraft werden solle, besteht im geltenden Recht keine Regel; vielmehr ist es Sache der Auslegung, ob das Eine oder das Andere der Fall ist, wobei im Zweifel auch hier das „in dubio mitius“ in Betracht kommt, mithin die Strafbarkeit auf den Fall des Vorsatzes zu beschränken ist. Anders ältere Gesetze, welche theils bestimmten, daß im Zweifel auch die Fahrlässigkeit bestraft werden solle, theils daß die Strafbestimmung im Zweifel nur auf die vorsätzliche, nicht auch auf die fahrlässige Verübung zu beziehen sei [25]), was der Sache nach auf die gleiche Regelung, wie nach dem geltenden Rechte, hinausläuft.

5) Mehr als diese beiden Arten der subjectiven Verschuldung kann es logischer Weise nicht geben [26]), obwohl es nicht an Bezeichnungen gefehlt hat, die so gedeutet wurden, die aber genauer zugesehen, nur gewisse Arten des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit gemeinschaftlich umfaßten [27]). Völlig unhaltbar waren insbesondere die Mittelstufen zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, die von Einzelnen aufgestellt wurden [28]). Wohl aber kann eine und dieselbe Handlung zum Theil auf Vorsatz, zum Theil auf Fahrlässigkeit beruhen, eine Möglichkeit, die aber durch die oben (Seite 196) erwähnte positivrechtliche Regelung theilweise beschränkt ist.

6) Dabei ist die einzige Vorschrift, welche im geltenden Recht über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Allgemeinen ertheilt ist, die schon erwähnte Vorschrift des St.G.B. §. 59, welcher den Einfluß des Irrthums auf die Annahme von Vorsatz und Fahrlässigkeit behandelt [29]).

25) Ersteres Bayern 1813; Letzteres Württemb. 1839, Baden 1845, wogegen andere Gesetze, wie Preußen 1851, keine Vorschrift dieser Art enthielten.

26) Anderer Meinung Lucas, subjective Verschuldung S. 2.

27) Vgl. den impetus der römischen Quellen, der wenigstens in l. 11 §. 2 Dig. de poenis 48, 19 nicht ausschließlich auf Vorsatz und nicht ausschließlich auf Fahrlässigkeit zu beziehen ist.

28) So (im Uebereifer Hegel'scher Dreitheilung) von Köstlin, Neue Revision S. 293 ff., der den impetus von der einen und die bewußte Fahrlässigkeit oder luxuria von der anderen Seite zu einem mittleren Gebiete vereinigte.

29) Anders ältere Gesetze von welchen theils eine Definition von

§. 26 (27, 28).

Der Vorsatz[1]).

1) Die ungleich schwerere Art der subjectiven Verschuldung ist der Vorsatz (Dolus), der auch strafbarer oder rechtswidriger Vorsatz, am Besten aber, sofern ein solcher Zusatz überhaupt als nöthig erscheint, strafrechtlicher Vorsatz genannt wird und am Richtigsten definirt wird als: der Wille, etwas im gegebenen Falle (in concreto) zu thun, was das Gesetz im Allgemeinen (in abstracto) unter Strafe gestellt hat, oder vollständiger der Wille, diejenigen Erscheinungen zu verwirklichen, bzw. vorhandene Erscheinungen durch die eigene Thätigkeit zu derjenigen Gesammtheit von Erscheinungen zu ergänzen, die das Gesetz zur objectiven Seite eines Delictes erfordert[2]). — Zu der Lehre vom Vorsatz gehört auch die Lehre vom Irrthum, die meistens daneben gestellt wird, sich in der Hauptsache übrigens schon durch das, was über die subjective Verschuldung, insbesondere über den Gegenstand derselben, bemerkt wurde, erledigt.

Vorsatz und Fahrlässigkeit gegeben, theils Vorschriften über die Arten und Grade derselben ertheilt wurden.

1) Berner, die Theilnahme und die Controversen über Dolus und Culpa S. 66 ff.; Krug, Dolus und Culpa Leipzig 1854; Herrmann, Archiv 1856; Osenbrüggen, Abhandlungen S. 1 ff.; Gessler, Begriff und Arten des Dolus Tübingen 1860; John, Entwurf mit Motiven S. 184 ff.; Schaper v. H. Handb. II S. 183 ff.; Binding, Normen II S. 209 ff.; Ortloff, Gerichtss. 1864, 1882; Fuld, Goltd. Archiv 1883; Geyer, Dolus (Rechtslexicon); Heitz, das Wesen des Vorsatzes Straßburg 1885. — Insbesondere über den Einfluß des Irrthums Heffter Archiv 1832; Pfotenhauer, Einfluß des Irrthums Leipzig 1838 f.; Luden, Thatbestand S. 294 ff.; Krug, Kommentar Abtheilung 4; Schneider de vi ignorantiae et erroris Bonn 1879. Speciell über den Rechtsirrthum: Gessler, Gerichtssaal 1858, 1862; Heinze, dasselbe 1861; Drenkmann, Goltd. Arch. 1860; Oetker, Einfluß des Rechtsirrthums Kassel 1876; Ortmann, Gerichtssaal 1877, 1878.

2) Aehnlich, mit unwesentlichen Abänderungen, die Meisten. Wesentlich abweichend dagegen Binding, Normen II S. 403, Olshausen N. 14 zu §. 59, und Andere, von welchen des Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zum entscheidenden Kennzeichen des Vorsatzes gemacht wird. Wesentlich abweichend (in anderer Richtung) auch v. Liszt,

2) Scharf betont im römischen Recht, welches den Dolus sogar als fast ausschließliche Art der subjectiven Verschuldung behandelte, den Dolus selbst aber keineswegs, wie man behauptet hat [3]), enger gefaßt hat, als dies nach dem geltenden Rechte der Fall ist, ist der Vorsatz im deutschen Recht erst allmählich von der Fahrlässigkeit genauer geschieden und erst in neuerer Zeit in seinem Wesen und seinen Arten genauer erkannt worden. Dabei werden zur Bezeichnung des Vorsatzes im römischen Recht [4]) neben dem Ausdruck Dolus auch die Ausdrücke consulto, scientia, sciens prudensque, sciens dolo malo, proposito, animo, sponte, in der Carolina wissentlich, williglich, arglistig, fürsetzlich, bößlich, muthwillig, vor Allem aber „geverlich" verwendet, welches letztere früher nicht bloß wie jetzt in objectiver Bedeutung (gefährlich), sondern auch in subjectiver Bedeutung (gefährdend) vorkam, bis die neueren Gesetzgebungen vorwiegend die Ausdrücke vorsätzlich und absichtlich, daneben aber auch wissentlich, böswillig, boßhaft, arglistig, muthwillig, und dgl. verwenden [5]). Vielfach wird übrigens, wie schon im früheren Recht, überhaupt kein besonderer Ausdruck gebraucht, da aus der für die strafbare Handlung gewählten Bezeichnung das Erforderniß der vorsätzlichen

der das „Bewußtsein der Kausalität" des Thuns als maßgebend für den Vorsatz erachtet, worüber unten.

3) So Diejenigen, welche den römischen „impetus" vom Dolus ausschließen (wozu auch l. 11 §. 2 Dig. de poenis 48, 19 nicht zwingt); ferner Binding (auch v. Liszt), nach welchem zum römischen Dolus stets ein „gemeines Motiv" gehört haben soll, eine Ansicht, die nur scheinbar durch einige Stellen gestützt wird, die von einer Durchschnittsauffassung ausgehn. (Vgl. die entsprechende Ansicht über culpa lata bei der Fahrlässigkeit). Endlich Waag, Gerichtssaal 1882 S. 254, der annimmt, daß durch die römische scientia etwas Anderes als der heutige Vorsatz bezeichnet werden sollte.

4) Vgl. Voigt, Bedeutungswechsel, Abhandlungen der sächs. Gesellschaft der Wiss. Bd. 16; Pernice, Labeo II S. 60 ff.; Binding, Normen II S. 269 ff., und über entsprechende griechische Ausdrücke Villnow, Gerichtssaal 1879 S. 586 ff. — Der Ausdruck Dolus stammt von δόλος = Koeder und wurde ursprünglich auch von erlaubter List gebraucht, sodaß auch später vielfach noch das Wort malus hinzugefügt wurde. Vgl. l. 1 §. 3 Dig. de dolo malo 4, 3.

5) Ueber diese Ausdrücke siehe unten.

Verübung zur Genüge hervorzugehen schien[6]). Hier und da werden auch die Ausdrücke unbefugt, rechtswidrig oder widerrechtlich als hinreichend angesehen, obwohl damit zunächst nur die objective Rechtswidrigkeit der That gemeint ist. Völlig zutreffend ist aber allein der Ausdruck vorsätzlich[7]) der insbesondere auch nicht durch die Ausdrücke wissentlich und absichtlich ersetzt werden kann, da der erstere theils mehr, theils weniger als vorsätzlich bedeutet und der letztere nicht bloß in der Bedeutung von vorsätzlich gebraucht wird (siehe unten). In einigen Fällen werden auch die Ausdrücke Böswilligkeit und Arglist oder andererseits der Ausdruck muthwillig verwendet (siehe unten).

3) Gehen wir aber dem Wesen des Vorsatzes näher, so gehört zu demselben vor Allem eine gewisse Vorstellung, und zwar abgesehen von denjenigen Umständen der That, welche schon vorhanden sind, eine Vorstellung derjenigen Umstände, um deren Verwirklichung es sich handelt, anders ausgedrückt: eine Vorstellung des herbeizuführenden Erfolges. Ohne diese Vorstellung ist, da der Mensch nur das, was er sich vorgestellt hat, zu wollen im Stande ist[8]), von einer vorsätzlichen Verübung nicht die Rede. Und zwar genügt es nicht, daß der Thäter sich die betreffenden Umstände in ihrer concreten Erscheinungsform vergegenwärtigt habe; vielmehr ist erforderlich, daß der Thäter dieselben in der entsprechenden Allgemeinheit in seine Vorstellung aufnahm, ohne daß aber andererseits die Form dieser Allgemeinheit (ein meist über-

6) Vgl. die Ausdrücke anzeigen, auffordern, verabreden, versuchen, unternehmen, theilnehmen, angreifen, aussetzen, beibringen, beiseiteschaffen, ehebrechen, beleidigen, behaupten u.s.w. Genau ist dies Verfahren aber nicht, da auch ein vorsätzlicher Angriff u.s.w. (in Form eines Irrthums über einen Schuldausschließungsgrund) ein nur fahrlässiges Delict sein kann.

7) Irrthümlich Lucas, subjective Verschuldung S. 6, daß unter Vorsatz etwas Engeres als unter Dolus zu verstehen sei.

8) Anderer Meinung, gestützt auf die Philosophie des Unbewußten, Binding, Normen II S. 102 f., der glaubhaft zu machen sucht, daß mit dem Wollen eines Thuns jedesmal auch sämmtliche Folgen mitgewollt seien. Dagegen u. A. Sigwart, der Begriff des Wollens Tübingen 1879 (kleine Schriften II S. 215 ff.).

sehener Punct) dieselbe zu sein braucht, die der Gesetzgeber sich gedacht hat, und ohne daß insbesondere der vom Gesetze gewählte Ausdruck dem Thäter bekannt zu sein [9]) braucht. Nicht nöthig ist aber, daß der Thäter sich die That in allen ihren Einzelheiten vergegenwärtigt hat, was sowohl auf den Erfolg, wie auf die Art der Verwirklichung desselben oder den sog. Kausalzusammenhang Bezug hat. Auch hinsichtlich des letzteren also muß es genügen, wenn die vorgestellte Art der Verwirklichung im Wesentlichen mit der eingetretenen übereinstimmt. Insbesondere also auch in Beziehung auf Ort und Zeit des Erfolges können erhebliche Abweichungen vorkommen [10]), ohne daß dadurch der Erfolg aufhörte, als ein vorsätzlich herbeigeführter zu erscheinen [11]).

4) Zu der Vorstellung des Erfolges muß nun aber auch der Wille seiner Verwirklichung hinzukommen. Derselbe ist noch nicht gegeben mit dem Bewußtsein von der Möglichkeit des Erfolges [12]), obwohl dieses Bewußtsein sich als Vorbedingung für die Möglichkeit des Vorsatzes darstellt. Und auch mit

9) Der Unterschied wird nicht immer genügend beachtet. So muß sich der Thäter nicht bloß des einzelnen von ihm gebrauchten Wortes, sondern auch der darin liegenden Ehrverletzung bewußt sein, braucht aber nicht zu wissen, was gerade das Gesetz unter Beleidigung versteht. Vgl. Reichsgericht I 12. April 1883, III 11. Juni 1883. Vielleicht liegt auch der auffallenden Entscheidung Reichsgericht I 14. Juni 1880, III 29. Sept. 1880 die obige, aber nicht klar erkannte Unterscheidung zu Grunde, (vgl. unten bei der Körperverletzung).

10) Hierauf vor Allem kam es an im Falle Thomas (Explosion im Bremerhaven 1875), worüber Hälschner, Goltdamm. Archiv 1876 S. 288 ff.; Binding, Normen II S. 436 ff.; Lammasch, Zeitschr. von Grünhut 1882 S. 203. Andererseits v. Buri, Kausalität S. 17.

11) Zu weit gehend in der Zulassung von Abweichungen v. Buri, Zeitschr. für Strafr.wiss. 1881 S 187 f.; v. Liszt, Lehrbuch S. 162.

12) Anderer Meinung Rubo, Kommentar S. 498; Kohler, Jherings Jahrbücher 1880 S. 248 f.; Lucas, subjective Verschuldung S. 16, 50, 52 ff.; Waag, Gerichtssaal 1882 S. 252; auch v. Liszt, Lehrbuch S. 111, 147, 155, sofern der Ausdruck „Bewußtsein von der Kausalität des Thuns", auf das Bewußtsein von der Möglichkeit des Erfolges zu beziehen ist, was doch viel wahrscheinlicher ist, als daß der Vorsatz auf das Bewußtsein von der Nothwendigkeit des Erfolges beschränkt werden sollte. Vgl. auch Reichsgericht I 8. Juni 1882.

dem Bewußtsein von der Wahrscheinlichkeit des Erfolges ist noch keineswegs nothwendig der Wille seiner Herbeiführung gegeben [13]), obwohl sich mit dem Bewußtsein einer besonders großen Wahrscheinlichkeit des Erfolges der Wille seiner Herbeiführung sehr häufig von selber verbindet [14]). Andererseits ist aber auch durchaus nicht das Bewußtsein von der Nothwendigkeit des Erfolges zum Wesen des Vorsatzes zu erfordern; vielmehr ist zu demselben eine sehr geringe Wahrscheinlichkeit, ja genau genommen eine, wenn auch nur entfernte, Möglichkeit des Erfolges genügend [15]). Dasjenige vielmehr, wodurch sich die Vorstellung des Erfolges zum Vorsatze gestaltet, ist der Wille seiner Herbeiführung; dieser aber liegt nur dann vor, wenn der Thäter den betreffenden Erfolg entweder bezweckt hat oder wenn der betreffende Erfolg von dem, was der Thäter bezweckte, thatsächlich und nach dem Bewußtsein des Thäters mit umfaßt war [16]).

5) Mit dem Vorsatz selbst nicht zu verwechseln ist die Vorstellung, die der Thäter von seinem eigenen (künftigen) Willen gehabt hat; vielmehr kann sich derselbe lange Zeit mit dem Bilde der That beschäftigt haben, ohne daß dadurch schon der Vorsatz selbst gegeben wäre. Erst der Entschluß ist es, durch welchen sich die Vorstellung des Willens in den

13) Bekker, Theorie S. 251 ff. (höherer Grad von Wahrscheinlichkeit); Janka, österreich. Strafrecht S. 54. Vgl. auch Württemberg Art. 260.

14) Wer sich auf eine gefährliche Wette einläßt, die mit großer Wahrscheinlichkeit einen schlimmen Erfolg hat, wird diesen Erfolg nicht selten auch in einer für die Annahme des Vorsatzes ausreichenden Weise billigen; der Arzt aber, der eine höchst gefährliche Operation als letztes Rettungsmittel anwendet, hat keineswegs mit dem Vorsatz der Tödtung gehandelt.

15) Doch hat dies allerdings seine Grenze an der Natur der Dinge, wonach eine allzu entfernte Möglichkeit thatsächlich nicht ausreicht, um als Träger eines Willens (zum Unterschied von einem bloßen Wunsche) zu dienen.

16) Ohne Herbeiziehung des Zweckbegriffs ist also der Vorsatz nicht zu bestimmen; doch braucht nicht der Erfolg selbst bezweckt zu sein, vielmehr genügt es, wenn sich der betreffende Erfolg als Begleiter bzw. Stellvertreter des bezweckten Erfolges darstellt.

Willen selber verwandelt[17]). Nur ist es unrichtig, vor Begehung der That überhaupt nicht von einem Vorsatz sprechen zu wollen[18]). Die Möglichkeit aber, daß aus der Vorstellung der That sich die That von selbst ohne Betheiligung des Willens, entwickeln könne, nämlich bei einer zurechnungsfähigen Person, ist schon oben (Seite 190) abgelehnt worden.

6) Vom Vorsatz verschieden ist der Beweggrund[19]) oder das Motiv, aus welchem der Thäter gehandelt hat, sowie der Zweck, welchen derselbe bei der Handlung verfolgte[20]), genauer derjenige Zweck, zu welchem der Thäter sich die Herbeiführung des betreffenden Erfolges zum Zwecke gesetzt hat, also der weitergehende Zweck, zu welchem er die Handlung vornahm[21]). Der Regel nach der Strafzumessung überlassen[22]), sind Beweggrund und Zweck bei einer Reihe von

17) Nur scheinbar hiermit im Widerspruch diejenige Bestimmung des Vorsatzes, wonach man denselben den „suspendirten Entschluß" genannt hat (Witte, Freiheit des Willens), da damit weniger ein suspendirter Entschluß als der Entschluß zu einer noch suspendirten That gemeint ist.

18) So Binding, Normen II S. 400 ff., Schwalbach, Gerichtssaal 1880 S. 608.

19) Hundhausen, das Motiv im Strafrecht Zürich 1877; Fuld, Goltd. Archiv 1880 S. 321 ff.; v. Holtzendorff, Psychologie des Mordes Berlin 1875; Birkmeyer, gewinnsüchtige Absicht (v. H. Rechtslexicon).

20) Dabei stehen Zweck und Beweggrund in der genauesten Beziehung, da sich der vorgestellte Zweck als Beweggrund darstellt.

21) Dabei kann es sein, daß eine Reihe hinter einander stehender Zwecke in Betracht kommt, ebenso wie nähere und entferntere Beweggründe sich unterscheiden.

22) Während die moralische Beurtheilung niemals von Zweck und Beweggrund absehen kann, besteht die gesetzgeberische Kunst auf dem Gebiete des Strafrechts u. a. darin, diejenigen Handlungen auszuwählen, die ohne Rücksicht auf Zweck und Beweggrund unter Strafe gestellt werden können, wobei übrigens in Betracht kommt, daß die auch im Rechte anerkannten Schuldausschließungsgründe (z. B. die Nothwehr) bewirken, daß die zu gewissen Zwecken, aus gewissen Beweggründen verübte That straflos ist. Moral und Strafrecht unterscheiden sich also u. A. dadurch, daß dem Zweck und Beweggrund in der Moral eine positive, im Rechte zunächst eine nur negative Rolle zukommt.

Delictsarten als Thatbestandsmerkmal behandelt[23]); in einigen Fällen werden sie als mildernder Umstand[24]), sehr häufig dagegen als erschwerender Umstand verwendet. Besonders häufig ist als Thatbestandsmerkmal oder auch als erschwerender Umstand behandelt die Absicht sich einen Gewinn zu verschaffen[25]), die Absicht sich einen Vortheil zu verschaffen[26]), die Absicht sich oder einen Andern einen Vermögensvortheil zu verschaffen[27]), endlich die Absicht sich oder einem Andern einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen (§§. 253, 263). Hier und da (z. B. §. 268) wird auch die Absicht einem Anderen Schaden zuzufügen als erschwerender Umstand behandelt. Augenscheinlich aber geht die Neigung des Strafrechts dahin, nur solche Thatbestände unter Strafe zu stellen, die in einer Thätigkeit als solcher bestehen, und nicht fraglich ist, daß z. B. der Thatbestand der Entziehung von der Wehrpflicht richtiger in diese Entziehung selbst (durch Auswanderung u.s.w.) und der Thatbestand des Diebstahls richtiger in die rechtswidrige Zueignung selbst (durch Wegnahme) gesetzt werden würde[28]).

23) Vgl. die Absicht der rechtswidrigen Zueignung beim Diebstahl (§. 242), die Absicht das Geld als echtes in Verkehr zu bringen bei der Geldfälschung (§. 146), die Absicht sich der Erfüllung der Wehrpflicht zu entziehen in §§. 140, 143. Außerdem §§. 87, 124, 131, 229, 234, 236, 249, 253, 257, 263, 267 u.s.w.

24) Vgl. St.G.B. §. 313 Absatz 2: Absicht Eigenthum zu schützen bei der Verursachung einer Ueberschwemmung.

25) Vgl. §§. 133, 169, 301, 302, wobei unter Gewinn wohl nicht bloß ein Vermögensvortheil zu verstehen ist, wie insbesondere daraus hervorgeht, daß der vom preußischen St.G.B. gebrauchte Ausdruck gewinnsüchtige Absicht an verschiedenen anderen Stellen (z. B. §§. 263, 266, 268) durch die Absicht sich (oder einem Anderen) einen Vermögensvortheil zu verschaffen, ersetzt wurde. Vgl. Olshausen (1. Aufl.) N. 5 zu §. 133, Birkmeyer, Rechtslexicon (gewinnsüchtige Absicht).

26) Vgl. §§. 257, 258, 259, wo ebenfalls nicht nur ein Vermögensvortheil gemeint ist.

27) Vgl. §§. 266, 268, 272, 273, 349, worunter nicht bloß ein rechtswidriger Vermögensvortheil zu verstehen ist.

28) Siehe unten in der Lehre vom Diebstahl, sowie vom Versuch und der Theilnahme, für die aus der jetzigen Regelung unnöthige Unzuträglichkeiten und Schwierigkeiten hervorgehen.

7) Nicht zutreffend ist es hiernach, wenn zur Bezeichnung der vorsätzlichen Verübung die Ausdrücke wissentlich oder absichtlich verwendet werden, da wissentlich[29]) theils mehr, theils weniger als vorsätzlich bedeutet[30]) und absichtlich zwar sehr oft gleichbedeutend mit Vorsatz gebraucht wird[31]), nicht selten aber auch in einem anderen Sinne, nämlich zur Bezeichnung des (entfernteren) Zweckes oder Beweggrundes der That, die dem Wesen des Vorsatzes fremd sind. Doch kann nicht davon die Rede sein, diese Ausdrücke da, wo sie im Gesetze vorkommen, jedesmal in einem vom Vorsatze verschiedenen Sinne zu nehmen; vielmehr ist anzunehmen, daß das Wort wissentlich immer und das Wort absichtlich außer in den genannten Fällen gleichbedeutend mit dem Worte Vorsatz gebraucht wird[32]).

8) Daß zum Wesen des Vorsatzes nicht das Bewußtsein

29) Vom Gesetze u. A. bei den Eidesdelicten (St.G.B. §. 153, 154, 156), bei der falschen Anschuldigung (§. 164), bei der Hehlerei (§. 259) und dem Gebrauchmachen von einer falschen Urkunde (§. 270) verwendet.

30) Mehr insofern, als der Vorsatz nicht das Wissen, sondern nur das für möglich Halten der betreffenden Umstände voraussetzt; weniger insofern, als dem Vorsatz nicht mit dem Wissen, sondern erst mit dem Wollen genügt ist.

31) Etwa mit der Modification, daß im Vorsatz mehr das Wollen selbst, in der Absicht mehr das Wissen, die Vorstellung des Gewollten betont wird (Herrmann), oder daß im Vorsatz mehr die Beziehung auf die Thätigkeit selbst, in der Absicht mehr die Beziehung auf den zu erreichenden Erfolg hervortritt (so die Meisten), oder daß das Wort Absicht von dem Fall gebraucht wird, wenn die Vorstellung des Erfolges das „treibende Motiv" der Handlung war (v. Liszt), oder daß man das Wort Absicht mit Vorliebe dann verwendet, wenn hervorgehoben werden soll, daß es dem Handelnden nicht auf die Thätigkeit selbst ankam, sondern zugleich auf irgend einen weitergehenden Zweck, zu welchem die That verübt wurde. Ein fester Sprachgebrauch ist aber in allen diesen Beziehungen nicht vorhanden.

32) Anderer Meinung Ortloff, Gerichtssaal 1882 S. 447, der dem Worte absichtlich jedesmal eine andere Bedeutung als dem Worte vorsätzlich beilegt; ferner Waag, Gerichtssaal 1882 S. 256, der dasselbe von dem Worte wissentlich behauptet.

der Rechtswidrigkeit gehört, geht aus dem hervor, was oben (Seite 198 ff.) bei der subjectiven Verschuldung im Allgemeinen bemerkt wurde. So nahe es liegt, den strafrechtlich erheblichen Vorsatz als rechtswidrigen Vorsatz zu bezeichnen, so sehr hat man sich zu vergegenwärtigen, daß diese Rechtswidrigkeit nur im objectiven Sinne gemeint ist und daß das Wesen des Vorsatzes vielmehr mit der bewußten Vollziehung der betreffenden Handlung, bzw. mit der vorsätzlichen Herbeiführung des betreffenden Erfolges erfüllt ist.

9) Uebrigens hat das geltende Recht auch den Vorsatz ebenso wie die Zurechnungsfähigkeit nicht in jeder Hinsicht als positive Voraussetzung der Strafbarkeit behandelt[33]), vielmehr sich begnügt, den Irrthum über ein Thatbestandsmerkmal, bzw. strafändernden Umstand als Schuldausschließungsgrund hinzustellen (St.G.B. §. 59). Doch ist auch hier, wie bei der Zurechnungsfähigkeit (siehe ob. S. 184 f.) diese negative Behandlung nicht im Sinne einer rechtlichen Vermuthung gemeint[34]); vielmehr muß auch hier jeder erhebliche Zweifel an der Kenntniß des Thäters zur Freisprechung führen[35]).

10) Innerhalb des Vorsatzes sind verschiedene Arten des Vorsatzes zu unterscheiden[36]). Und zwar

a) der überlegte oder vorbedachte Vorsatz (dolus praemeditatus) und der nicht überlegte oder übereilte Vorsatz (dolus non oder nec praemeditatus, auch impetus oder dolus repentinus genannt). Nicht als wenn der Vorsatz jemals ein

33) Wohl ist dies anzunehmen hinsichtlich der Thätigkeit selbst, deren vorsätzliche Begehung jedesmal festgestellt werden muß.

34) Anders ältere Gesetze, wie das preußische Landrecht und Bayern 1813, von welchen in der That (wie auch von Feuerbach bis zur 9. Auflage) eine Präsumtion des Vorsatzes aufgestellt wurde.

35) Anders v. Tippelskirch, Gerichtssaal 1875 S. 241 ff; Oppenhoff, zu §. 59; Lucas, Verschuldung S. 39, nach welchen nur der volle Beweis der Unkenntniß diese Wirkung ausüben soll.

36) Anderer Meinung Zachariä, Goltd. Archiv 1854 S. 302; Binding, Normen II S. 394 ff., Hälschner, d. Strafrecht I S 315. Richtig ist aber nur, daß bei jeder Art des Vorsatzes das volle Wesen desselben erfüllt sein muß. Nach v. Liszt S. 159 soll die Aufstellung von Arten „überflüssig und vielleicht irreführend, aber nicht unrichtig"(?) sein.

völlig unüberlegter sein könne (vielmehr kommt ohne irgend ein Maß von Ueberlegung der Vorsatz überhaupt nicht zu Stande); wohl aber in dem Sinne, daß beim überlegten Vorsatz der Thäter die That in entsprechender Weise, d. h. in einer der Bedeutung der That im Wesentlichen entsprechenden Weise bedacht hat [37]). Nicht aber ist nöthig, daß diese Erwägung eine ruhige war; vielmehr ist Ueberlegung auch mit Gemüthserregung oder Affect vereinbar, wie andererseits auch der nichtüberlegte Vorsatz nicht durchaus mit Affect verbunden zu sein braucht [38]). Nicht nöthig ist ferner, daß die Ueberlegung längere Zeit hindurch fortgesetzt wurde, obwohl auch dies die Regel sein wird. Nicht nöthig ist ferner, daß der Vorsatz schon aus Ueberlegung hervorging, vielmehr genügt es, wenn der schon gefaßte Vorsatz durch nachträgliche Ueberlegung gestützt wurde. Andererseits braucht (abgesehen von der besonderen Bestimmung beim Morde) der Vorsatz nicht bei der Ausführung fortgedauert zu haben; vielmehr genügt es, wenn die That auf Ueberlegung beruht, aus Ueberlegung hervorging. — Regelmäßig der Strafzumessung überlassen, ist dieser Gegensatz bei einer Delictsart, nämlich bei der Tödtung, zur Unterscheidung von Unterarten des Delictes verwerthet, was insofern unrichtig geschehen ist, als zum Thatbestand des Mordes eine während der Ausführung vorhandene Ueberlegung verlangt wird;

b) böswilliger und muthwilliger Vorsatz, je nachdem es dem Thäter gerade auf das durch die That zu bewirkenden Uebel ankommt oder er sich leichtsinnig über dasselbe hinwegsetzt [39]), ein Unterschied, den das Gesetz ebenfalls nur bei einigen wenigen Delictsarten verwerthet [40]), der aber

37) Vgl. H. Meyer, der Fall Otto vor dem Schwurgericht zu Halle, Halle 1867 S. 38.

38) Anders Hälschner, d. Strafr. I. S. 517 f.

39) Vgl. Lueder, Vermögensbeschädigung S. 120 ff.; John, v. H. Handbuch III S. 186 ff., IV S 305 f.; Binding, Normen II S. 604 ff. Ganz unzutreffend Ortloff, Gerichtssaal 1882 S. 458 ff., 461. Nicht richtig war es, wenn bei den Verhandlungen des Reichstags (S. 465 f.) die Böswilligkeit gerade durch Muthwillen erklärt wurde.

40) Vgl. St.G.B. §. 114, 134, 135, 103a (böswillig); §. 360 Nr. 13, §. 366 Nr. 3 (boshaft); Militär-St.G.B. § 132 (boshaft oder muthwillig).

ebenfalls von Bedeutung ist für die Strafzumessung. Der Böswilligkeit verwandt ist die Arglist, die ebenfalls bei einigen Delictsarten genannt ist[41]) und eine besonders intensive Art des auf Täuschung gerichteten Vorsatzes bezeichnet. Doch fragt sich, ob nicht auch diese Ausdrücke (ebenso wie wissentlich und absichtlich) einfach im Sinne von Vorsatz und vorsätzlich zu nehmen sind, was in der That an verschiedenen der genannten Stellen (z. B. §. 135) das Richtigste ist;

c) bestimmter Vorsatz (dolus determinatus) und unbestimmter Vorsatz (dolus indeterminatus), je nachdem der Thäter den Erfolg, um den es sich handelt, bestimmter oder unbestimmter in seinen Willen aufnimmt, was in verschiedener Weise der Fall sein kann, wonach sich folgende Arten des unbestimmten Vorsatzes unterscheiden:

α) der eventuelle Vorsatz (dolus eventualis), wenn nämlich der Thäter zunächst nur den einen Erfolg will[42]), eventuell (für den Fall seines Eintritts) ihm aber auch ein anderer, bzw. schwererer Erfolg recht ist, er also auch diesen noch in seinen Willen aufnimmt[43]). Unrichtig aber wäre es, den eingetretenen schwereren Erfolg stets zum Vorsatz zurechnen zu wollen, wie eine ältere Theorie annahm, die in diesem Falle einen (fingirten) dolus indirectus aufstellte[44]). Widerlegt wurde

Nach älteren Gesetzen wurde insbesondere bei der Sachbeschädigung zwischen Bosheit und Muthwillen unterschieden.

41) St.G.B. §. 181, 223 a, 235, 236.

42) Der natürlich seinerseits ein erlaubter oder nicht erlaubter sein kann; anders Binding, Normen II. S.

43) Auch hier also genügt nicht das Bewußtsein der Möglichkeit des Erfolges, obwohl sich mit dem Bewußtsein von der Möglickkeit des Erfolges thatsächlich häufig der eventuelle Vorsatz verbindet. Häufig nicht festgehalten wird die Grenze bei der Bigamie, da hier fehlerhafter Weise nicht auch die Fahrlässigkeit unter Strafe gestellt ist. Bedenklich auch Reichsgericht III 18. April 1882; richtig Reichsgericht II 21. Nov. 1882.

44) Vgl. insbesondere Nettelbladt, de homicidio ex intentione indirecta commisso Halle 1756 (3. Aufl. 1772). Gegen diese Theorie Püttmann, de distinctione inter animum occidendi directum et indirectum eliminanda 1789. — Ueber ihren Einfluß auf die österr. Gesetzgebung Hiller, Grünhut 1878 S. 700 ff.; Glaser, Schriften 2. Aufl. S. 63 ff.

dieselbe von Feuerbach, der diese Fälle aber ebenfalls nicht völlig richtig beurtheilte, indem er sie als „culpa dolo determinata" bezeichnete, während in Wahrheit es sich fragt, ob der schwerere Erfolg noch auf eventuellem Vorsatz oder auf Fahrlässigkeit oder auf bloßem Zufall beruht [45]). Von selbst versteht sich, daß eventueller Vorsatz nicht bloß mit Beziehung auf den Erfolg der Handlung, sondern auch mit Beziehung auf die Rechtswidrigkeit der That, d. h. mit Beziehung auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Schuldausschließungsgrundes vorkommt. Nicht geeignet ist es, wenn der eventuelle Vorsatz auch jetzt wohl dolus indirectus genannt wird [46]). Daß eventueller Dolus auch in denjenigen Fällen vorkommen kann, in welchen vom Gesetze nicht der Vorsatz, sondern die Absicht oder das Wissen genannt ist [47]), ergiebt sich aus dem, was oben über diese Fälle gesagt wurde;

β) der alternative Vorsatz (dolus alternativus), wenn nämlich der Thäter von mehreren Erfolgen [48]) einen verwirklichen will, es ihm aber gleichgiltig ist, welcher derselben eintritt. Nicht richtig ist es, wenn mehrfach der alternative Vorsatz zum eventuellen Vorsatz gestellt wird [49]) oder man ihn als Art des bestimmten Vorsatzes behandelt [50]);

γ) der allgemeine oder generelle Vorsatz (dolus gene-

45) Doch hat das geltende Recht für die häufigsten Fälle dieser Art (vorsätzliche Körperverletzung mit schwerem, bzw. tödtlichem Erfolg) besondere Bestimmungen getroffen (St.G.B. §§. 224, 226).

46) So von v. Schwarze (Komm.); (vgl. auch Reichsgericht II 29. Sept. 1882). Auch der „bedingte" Vorsatz, von dem Wächter, Vorlesungen S. 158 Anm. 7 spricht, (und den derselbe zum bestimmten Vorsatz rechnet) ist nichts als eventueller Vorsatz.

47) Anders mit Beziehung auf die Absicht Wächter, Vorlesungen S 209; mit Beziehung auf das Wissen Waag. Gerichtss. 1882 S. 254; Lucas, Verschuldung S. 43. Welcher Widersinn wäre es, wollte das Gesetz zwar den fahrlässigen Meineid (Falscheid), nicht aber den mit eventuellem Vorsatz verübten Meineid bestrafen!

48) Von denen auch hier der eine erlaubt, der andere unerlaubt oder die beide unerlaubt sein können. Anders Binding, Normen II S. 395.

49) Geyer, Rechtslexicon (Dolus); Binding, Normen I S. 395.

50) Wächter, Vorlesungen S. 158.

ralis[51]), insofern es möglich ist, daß der Thäter den Erfolg in einer solchen Allgemeinheit will, von welcher der betreffende strafrechtliche Erfolg mitumfaßt wird, wie dies z. B. mit der Tödtung oder schweren Körperverletzung im Verhältniß zur beabsichtigten „Verletzung" der Fall ist. Mit Unrecht wird die Möglichkeit eines solchen Vorsatzes, der auch dolus indeterminatus im engeren Sinne genannt wird[52]), bestritten[53]) Vielmehr geht dieselbe schon daraus hervor, daß dem Gesetze eine beliebig casuistische Fassung (so wenig dieselbe zu loben ist) freisteht.

Wie der überlegte Vorsatz strafbarer ist als der nicht überlegte, der boßhafte Vorsatz strafbarer als der muthwillige, so ist auch der bestimmte Vorsatz strafbarer als der unbestimmte, ein Unterschied, der aber in allen Fällen der Strafzumessung überlassen bleibt und unter Umständen dadurch ausgeglichen werden kann, daß bei dem unbestimmten Vorsatz möglicherweise die Gefährdung zugleich eines anderen Rechtsgutes, bzw. einer anderen Person vorliegt. — Ueber die Möglichkeit eines Versuchs mit unbestimmtem Vorsatz siehe in der Lehre vom Versuch.

11) Nicht von Arten, sondern nur von Anwendungsfällen des Vorsatzes handelt es sich in folgenden Fällen:

a) im Falle des Irrthums im Gegenstande (error in objecto, bzw. in persona)[54]), wenn nämlich der Thäter das Delict an einem anderen Gegenstande vollzieht, als an demjenigen, welchen er meinte, indem er bei der Ausführung der That denselben mit dem vorhandenen Gegenstande verwechselt. Unzulässig wäre es, in diesem Falle nur einen Versuch des Delictes (in Beziehung auf den gemeinten Gegenstand) in Verbindung

51) Weber, Archiv 1824; Herrmann, Archiv 1856 S. 449; v. Bar, Kausalzusammenhang S. 50 f.; Binding, Normen II S. 412 ff.; Sigwart, Begriff des Wollens S. 34 ff.

52) Wächter, Vorlesungen S. 159

53) Hälschner, deutsches Strafrecht I S. 306 f.

54) Zachariä, Versuch I S. 272 ff; Goltd. Archiv 1857 S. 536; Gessler, Dolus S. 235 f., Gerichtssaal 1863 S. 176 f; Pfotenhauer, Einfluß des Irrthums II S. 8 f. Gerichtssaal 1861 S. 253; Boehlau, Rose und Rosal Weimar 1859, Goltd. Archiv 1860; Häberlin, Gerichtssaal 1865 Beilage; v. Holtzendorff, v. H. Handb. III S. 414.

mit fahrlässiger Verletzung des vorhandenen Gegenstandes anzunehmen[55]); vielmehr liegt in Wahrheit ein einziges Delict vor, und zwar ein vorsätzliches vollendetes Delict, da die Identität des gemeinten und des wirklichen Gegenstandes sich als ein für den Thatbestand unwesentlicher Umstand und der Irrthum des Thäters über diese Identität sich als ein Irrthum über einen außerwesentlichen Umstand, insbesondere als ein für den Vorsatz gleichgültiger Irrthum im Beweggrunde darstellt[56]). Und auch das wäre nicht richtig, etwa neben dem vollendeten Delict (mit Beziehung auf den vorhandenen Gegenstand) noch einen Versuch des Delictes (mit Beziehung auf den gemeinten Gegenstand) anzunehmen[57]), da dem Thäter jedenfalls nur die Verübung eines Delictes, und zwar an dem ihm gegenüber befindlichen Gegenstand zur Last fällt. Alles dies aber nur, soweit es sich um rechtlich gleichstehende Gegenstände handelt, wogegen bei wesentlicher Verschiedenheit derselben die Besonderheit des gemeinten Gegenstandes möglicherweise erschwerend oder auch mildernd in Betracht kommt[58]);

b) im Falle des Fehlgehens der That (aberratio ictus)[59]), wenn nämlich die gegen den einen Gegenstand ge-

55) So Geib, Archiv 1837, 1838 (richtig Lehrbuch II 273 ff.); auch v. Buri, Kausalität S. 83 (für den Fall, daß dem Diebe gerade an der gemeinten bestimmten Sache gelegen ist); v. Liszt Lehrbuch S. 163 f. (außer wo die Vollziehung an dem andern Object sich als bloße Modalität des Kausalzusammenhanges, siehe unten, darstellt, was hier der richtigen Ansicht nach niemals der Fall ist).

56) Richtig schon Lex 18 §. 3 Dig. de injuriis 47, 10. Eine besondere Vorschrift ist im belgischen und anderen ausländischen Gesetzen enthalten.

57) So Boehlau, in der genannten Schrift und Goltd. Arch. 1860.

58) Wer ein fremdes Wohnhaus anzünden will, in Wirklichkeit aber eine Scheune anzündet, ist wegen Anzündung einer Scheune in Verbindung mit dem Versuch der Anzündung eines Wohnhauses zu strafen; wer einen Privatmann zu beleidigen meint, in Wahrheit aber das Staatsoberhaupt beleidigt, ist, da fahrlässige Majestätsbeleidigung nicht bestraft wird, nur wegen Privatbeleidigung zu bestrafen.

59) Zachariä, Versuch I S. 272, Goltd. Archiv 1858 S. 586; Gessler, Gerichtssaal 1863; daselbst 1863; v. Schwarze, v. H. Handb. II S. 317; Stockar, die Lehre von der Aberration Leipzig 1864; Geyer, Rechtslexicon (Irrthum).

richtete Verletzung sich nicht an diesem, sondern an einem anderen Gegenstand verwirklicht. Hier wäre es umgekehrt unzulässig, nur wegen eines, und zwar vollendeten vorsätzlichen Delictes zu strafen [60]); vielmehr ist hier eine Verbindung zweier Fälle gegeben, nämlich eines Versuches in Beziehung auf das angegriffene und einer fahrlässigen oder auch zufälligen Verletzung des anderen Gegenstandes [61]). — Von selbst ergiebt sich, daß auch eine Verbindung von error in objecto und aberratio ictus vorkommen kann [62]); ja es ist nicht ausgeschlossen, daß in einem solchen Falle schließlich doch das richtige (wirklich gemeinte) Objekt getroffen wird [63]); aber auch in diesem Falle wäre nicht von einem einheitlichen vollendeten Delicte, sondern nur von einem versuchten Delicte in Verbindung mit fahrlässiger Herbeiführung des Erfolges zu sprechen;

c) im Falle des unechten dolus generalis, mit welchem Namen man den Fall bezeichnet, wenn der Thäter den Erfolg schon herbeigeführt zu haben glaubt, in Wahrheit aber ihn erst durch eine nachträgliche, in anderer Absicht vorgenommene Thätigkeit herbeiführt. Auch hier wäre es unzulässig, ein einheitliches vollendetes Delict anzunehmen, sei es, daß man einen sich durch die gesammte That hindurch ziehenden (d. h.

60) So allerdings Wächter, Lehrbuch II S. 128, Vorlesungen S. 237; Köstlin, System S. 198 ff.; Pfotenhauer, Gerichtssaal 1861 S. 278 f. Walther, krit. Vierteljahrsschr. 1862 S. 513 ff., 1863 S. 217 ff.; Stockar, Aberration; Ortmann, Gerichtssaal 1877 S. 262 Anm. 2; v. Buri, Kausalität S. 82 f., Gerichtssaal 1878 Beilage S. 170 f.; v. Liszt, Lehrbuch S. 163 f. (für den Fall, daß die Verletzung des anderen Objects sich nur als Modalität des Kausalzusammenhanges darstellt, was aber niemals der Fall ist). Ausdrückliche Vorschriften im unrichtigen Sinne waren in Hessen-Darmstadt 1841, Baden 1845, Oesterreich 1852 (für Tödtung) gegeben.

61) Im Falle der Sachbeschädigung bleibt allerdings nur die Bestrafung des Versuchs übrig, da nur die vorsätzliche, nicht auch die fahrlässige Verübung gestraft wird.

62) Hassenstein, Goltd. Archiv 1871 S. 153 ff.

63) Der Thäter verwechselt die Scheune des X. mit derjenigen des Z., durch eine veränderte Windrichtung ergreift aber das Feuer wirklich die Scheune des X, die der Thäter hatte anzünden wollen.

sein eigenes Ende überlebenden) Vorsatz annimmt (dolus generalis in diesem Sinne)[64]) oder daß man die Verschiedenheit des Thuns nur als eine Modalität des Kausalzusammenhanges ansieht[65]). Vielmehr ist auch in diesem Falle nur wegen eines versuchten Delictes in Verbindung eventuell mit fahrlässiger Herbeiführung des Erfolges zu strafen[66]).

§. 27 (29, 30).

Die Fahrlässigkeit[1]).

1) Die zweite, ungleich leichtere Art der subjectiven Verschuldung ist die Fahrlässigkeit oder Culpa, d. h. dasjenige Verhältniß einer Person zu einem Geschehen, wonach dasselbe von ihr zwar nicht gewollt ist, wohl aber hätte vermieden werden können und sollen[2]). Daß die Fahrlässigkeit

64) So allerdings Weber, Archiv 1824 S. 576 ff.; Wächter, Lehrbuch II S. 127, sächsisch-thüringisch. Strafrecht S. 314, Vorlesungen S. 231 ff.; Krug, Kommentar S. 46 ff.; Pfotenhauer, Gerichtssaal 1861, 1863; v. Schwarze, v. H. Handb. II S. 313 ff., Goltd. Archiv 1862, 1864. — Ebenso Württemberg 1839, Baden 1845.

65) So Krug, Goltd. Archiv 1862 S. 734 ff; Häberlin daselbst 1863, v. Buri daselbst 1864, Kausalität S. 76 f.; v. Bar, Kausalzusammenhang S. 70.

66) Die der zweiten Art der Begründung auch von uns gemachte Einräumung ist zurückzunehmen. Richtig Lammasch, Grünhut 1882 S. 285 ff.; v. Buri, Zeitschrift 1882 S. 250; Hrehorowicz, Grundbegriffe S. 270.

1) v. Almendingen, Untersuchung über das culpose Verbrechen Gießen 1804; v. Löhr, Theorie der Culpa Gießen 1806, Beiträge zur Theorie der Culpa Gießen 1808; Hasse, die Culpa des römischen Rechts Bonn 1815, 2. Aufl. 1838. Gärtner, finium culpae in jure criminali regundorum prolusio Berlin 1836; Heusler, de ratione in puniendis delictis culpa commissis Tübingen 1826; v. Savigny, Gutachten (Goltd. Materialien I S. 520 ff); Zerbst, Archiv 1836; v. Buri, Kausalität S. 27 ff., Abhandlungen S. 151 ff.; v. Bar, Grünhut 1876 S. 21 ff.; v. Prittwitz, Goltd. Arch. 1882 S. 145 ff.; Rotering, Goltd. Archiv 1883 S. 355 ff.; Wahlberg, Schriften III S. 268 ff; Geyer, Rechtslexicon (Culpa).

2) Aehnlich die Meisten; anders z. B. Binding, Normen II S. 115 ff., nach welchem Fahrlässigkeit das Wollen einer Handlung ohne das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit sein soll, was (vgl. oben) in zweifacher

keineswegs ein bloßer Denkfehler, vielmehr ebenso, wenn auch in viel geringerem Maße, eine Willensschuld sei, wie der Vorsatz, ist schon oben (Seite 200) bemerkt worden.

2) Nur mangelhaft berücksichtigt im römischen Recht, in welchem dieselbe lange Zeit nur bei den Privatdelicten als strafbar galt [3]) und auch später nur in wenigen Fällen bestraft wurde [4]), wurde die Fahrlässigkeit im deutschen Recht bei vielen Delictsarten lange Zeit nicht genügend vom Vorsatz geschieden [5]), bis das größere Aufkommen von Leibes- und Lebensstrafen die Möglichkeit einer stärkeren Unterscheidung zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Verübung darbot. Dennoch ist im gemeinen Recht die Fahrlässigkeit, deren Wesen von der Carolina eingehend behandelt wird, nur in wenigen Fällen bestraft worden [6]), bis in der gemeinrechtlichen Lehre von manchen Seiten der gemeinrechtlich durchaus unbegrün-

Beziehung falsch ist. Ferner v. Liszt, Lehrbuch S. 117, der die Fahrlässigkeit bezeichnet als das Wollen einer von der Vorstellung der Kausalität nicht begleiteten Handlung, wobei (vgl. oben S. 202 Anm. 2) vor Allem nicht klar ist, was unter Vorstellung der Kausalität gemeint ist.

3) Soweit deren Begriff die Fahrlässigkeit zuließ, was bei dem damnum injuria datum, nicht bei der injuria und dem furtum der Fall war.

4) So bei Tödtung und Brandstiftung, die in der Kaiserzeit extra ordinem mit öffentlicher Strafe belegt wurden. Auch dies wird (mit Unrecht) bestritten von Binding, culpose Verbrechen im gemeinen römischen Recht? Leipzig 1877, dem v. Liszt zustimmt, obwohl jene Ansicht darauf beruht, daß Binding die cupa lata des römischen Rechts mit Unrecht als dolus ansieht (siehe unten).

5) So wenigstens, solange vorwiegend Wergeld und Buße zur Anwendung gelangten; doch sollte im Falle der Fahrlässigkeit kein Friedensgeld gezahlt werden und keine Fehde stattfinden. Vgl. Lex Saxonum XII, 5: Si ferrum manu elapsum hominum percusserit, ab eo, cuius manum fugerit, componatur excepta faida.

6) Die Carolina erwähnt nur fahrlässige Tödtung, (Art. 146) fahrlässige Körperverletzung (wenigstens Verletzung durch Thiere, Art. 146) und Entweichenlassen von Gefangenen (Art. 180), woneben aber auf Grund des römischen Rechts noch die fahrlässige Brandstiftung gestraft wurde. Die Erörterungen der Carolina über fahrlässige Tödtung lehnen sich an das römische Recht, und zwar im Titel ad Legem Aquiliam, an (l. 11, l. 31 Dig. 9, 2).

dete Satz aufgestellt wurde, daß ein jedes Delict (sogar z. B. der Betrug) auch in der Form fahrlässiger Verübung zu strafen sei. Ebenso einzelne unter den neueren Gesetzgebungen [7]), während die meisten die Fahrlässigkeit nur bei bestimmten Delictsarten für strafbar erklärten, deren Zahl u. A. auch im geltenden Recht nur verhältnißmäßig beschränkt ist [8]). — Dabei wurden im römischen Rechte zur Bezeichnung der Fahrlässigkeit die Ausdrücke negligentia, desidia, lascivia, luxuria, nequitia, imperitia [9]) verwendet, wogegen die Carolina sich der Ausdrücke unfürsetzlich, ungeverlich, wider Willen, mit Unfleiß, aus Unkunst, leichtfertiglich, verwegentlich oder auch „aus Geilheit" bedient, im geltenden Recht dagegen fast ausschließlich der Ausdruck Fahrlässigkeit verwandt wird, neben dem nur in einigen Nebengesetzen die Ausdrücke Leichtfertigkeit, Mangel an Sorgfalt, Vernachlässigung der Pflicht u. dgl. vorkommen.

3) Denkbar ist die Fahrlässigkeit nicht nur in Beziehung auf ein jedes Rechtsgut, sondern auch bei allen Delictsarten des positiven Rechts [10]), nur daß der Name vieler Delictsarten nicht auf den Fall fahrläßiger Verübung zutrifft [11]). Etwas

7) Vgl. das schon oben (Seite 201) über Bayern 1813 Gesagte.

8) Vom St.G.B. selbst sind zu erwähnen §§. 121 und 347 (Entweichenlassen von Gefangenen), 139 (Nichtanzeige bevorstehender Verbrechen), 163 (Meineid und falsche Versicherung an Eidesstatt), 222 (Tödtung), 230, 232 (Körperverletzung), 259 (Hehlerei), 309 (Brandstiftung), 314, 316, 318, 326, 329 (sonstige gemeingefährliche Delicte), 345 (unrichtige Strafvollstreckung). Außerdem eine größere Zahl von Uebertretungen sowie in den Nebengesetzen behandelten Delicten, so im Militär-St.G.B., den Urhebergesetzen, der Seemanns-Ordnung, dem Preßgesetz, dem Personenstandsgesetz, dem Nahrungsmittelgesetz, dem Impfgesetz, dem Actiengesetz u.s.w. Bei §. 139 und manchen Uebertretungen ist es bestritten, ob sie nur von vorsätzlicher oder auch von fahrlässiger Verübung zu verstehen sind.

9) Zuweilen auch casus (so in lex 9 Dig. de incend. 47, 9).

10) Nicht zu verkennen ist, daß auch Diebstahl und Beleidigung, ja auch Betrug und Hochverrath (der Sache nach) als fahrlässige Delicte gedacht werden könnten. Man denke an die fahrlässige Annahme eines Nothstands, durch den jeder Delictsbegriff ausgeschlossen sein kann.

11) So der Name Brandstiftung, Meineid, Verleumdung, Hehlerei,

Anderes aber ist, ob die Fahrlässigkeit auch bei einer jeden Delictsart für strafbar erklärt werden soll, was sich aus naheliegenden Gründen verbietet. Immerhin könnte und sollte die Fahrlässigkeit in weit mehr Fällen gestraft werden, als dies im geltenden Rechte der Fall ist[12]), das übrigens keineswegs mehr, wie das ältere Recht, sich darauf beschränkt die Fahrlässigkeit in solchen Fällen zu strafen, die in der Herbeiführung eines äußeren Erfolges bestehen, vielmehr die Fahrlässigkeit auch in einigen anderen Fällen unter Strafe gestellt hat[13]). Andererseits kommt auch im heutigen Recht vor, daß dasselbe über das Gebiet der Fahrlässigkeit hinausgeht, sodaß auch Fälle bloß zufälliger Verübung unter Strafe gestellt sind, wie dies unzweifelhaft[14]), im §. 186 bei der sog. üblen Nachrede der Fall ist. — Ebenso ist Fahrlässigkeit denkbar bei einer jeden Art von Verübung, da jede Art des menschlichen Verhaltens ebensowohl auf Fahrlässigkeit wie auf Vorsatz beruhen kann. Insbesondere kann auch eine bloße Gefährdung in fahrlässiger Weise begangen werden[15]). Ebenso Unterlassungsdelicte, was ebensowohl auf die Begehung von Kommissivdelicten durch Unterlassung, wie auf eigentliche Unterlassungsdelicte (siehe unten) zu beziehen ist.

obwohl es wissenschaftlich zulässig sein mag, dieselben auch im Falle der Fahrl. zu verwenden.

12) Es wirken gerade auch hier jene äußeren Rücksichten ein, die so häufig das Criminalgebiet beschränken; so schon der Satz, daß es dem Gesetze nicht ansteht allzuseltene Fälle zu berühren. Ein offenbarer Fehler des Gesetzes aber ist, z. B. nicht auch die fahrlässige Bigamie, die fahrlässige Widersetzung zu strafen, was nur zu unnatürlicher Erweiterung des Vorsatzes geführt hat.

13) So vor Allem beim Meineid, über dessen Bestrafung im Falle der Fahrlässigkeit im Besonderen Theil. Ferner im Impfgesetz §. 17, von welchem nur „fahrlässiges Handeln" beim Impfen verlangt wird, eine Vorschrift, die man als ebenso singulär anzusehen pflegt, wie andererseits als selbstverständlich, daß fahrlässige Tödtung, fahrlässige Körperverletzung nur im Falle der Vollendung gestraft werden. Vgl aber unten die Lehre vom Versuch.

14) Wenn auch nicht völlig unbestrittener Weise (siehe die Beleidigung).

15) Anderer Meinung Rotering, Goltd. Archiv 1883 S. 352.

4) Fahrlässigkeit kann übrigens vorkommen nicht nur mit Beziehung auf die Handlung selbst und den durch sie herbeigeführten Erfolg, sondern auch mit Beziehung auf die Rechtswidrigkeit der That, indem nämlich der Thäter fahrlässiger Weise das Vorliegen eines Schuldausschließungsgrundes annahm[16]), sei es, daß er sich in Beziehung auf die Voraussetzungen desselben irrte oder über die Grenzen desselben hinausging[17]). Ja es kann Fahrlässigkeit vorkommen auch mit Beziehung auf die eigene Zurechnungsfähigkeit des Thäters, wenn auch nur in der Art, das der Thäter sich fahrlässiger Weise in den Zustand der Unzurechnungsfähigkeit versetzte und in diesem Zustand einen strafrechtlich bedeutsamen Erfolg herbeiführte (siehe oben Seite 190 f.).

5) Wann im einzelnen Falle Fahrlässigkeit vorliegt, läßt sich nur nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles, einschlieslich der Persönlichkeit des Thäters, entscheiden, wobei diese Umstände aber nicht in ihrer Einzelheit, sondern nach ihrer allgemeinen Bedeutung in Betracht kommen[18]). Immer kommt es darauf an, ob der Thäter das den Umständen nach zu verlangende Mindestmaß von Sorgfalt angewendet habe, wofür in der Regel der nicht ganz zutreffende Ausdruck, daß

16) Anders v. Liszt, Heitz u. A., welche den Schuldausschließungsgründen eine rein objective Bedeutung beilegen (siehe oben S. 197) und in einem solchen Falle wegen vorsätzlicher Verübung strafen müssen (!); andererseits Hälschner, d. Strafrecht I S. 325 Anm. 2, der in solchen Fällen anscheinend Straflosigkeit eintreten läßt.

17) Die oben gegebene Definition der Fahrlässigkeit paßt auch auf diesen Fall, da hier die rechtswidrige Verübung der betreffenden Handlung, bezw. die rechtswidrige Herbeiführung des betreffenden Erfolges als „Geschehen" in Betracht kommt. Auch wer in fahrlässiger Annahme der Nothwehr vorsätzlich getödtet hat, hat im Rechtsinne einen Erfolg herbeigeführt, den er nicht gewollt hat, aber hätte vermeiden können und sollen.

18) Nur so löst sich der Streit, ob die Fahrlässigkeit nach einem allgemeinen (objectiven) Maße beurtheilt werden müsse (Berner, v. Bar, Schütze, v. Liszt, Wahlberg) oder rein individuell zu beurtheilen sei (Hälschner, Geyer). Unrichtig ist der Mittelweg (Lucas, Verschuldung S. 108), daß die Frage, ob Fahrlässigkeit vorliege, individuell, welcher Grad von Fahrlässigkeit aber vorliege, objectiv beurtheilt werden müsse.

es auf die gewöhnliche oder durchschnittliche Sorgfalt ankomme, gebraucht wird. Nicht entscheidend ist, daß der Thäter in einem in andrer Beziehung strafbaren oder rechtswidrigen Verhalten begriffen war[19]); insbesondere wäre unrichtig, daß die Nichtbefolgung einer polizeilichen Vorschrift von selbst Verantwortlichkeit wegen Fahrlässigkeit begründe. Andrerseits kann Jemand die betreffende polizeiliche Vorschrift erfüllt haben und doch wegen Fahrlässigkeit strafbar sein[20]).

6) Auch die fahrlässige Verübung kann, ebenso wie die vorsätzliche, eine unmittelbare oder mittelbare sein; immer aber muß die Fahrlässigkeit, sofern es auf die fahrlässige Herbeiführung eines bestimmten Erfolges ankommt, sich gerade auf diesen Erfolg beziehen, wobei aber die Uebereinstimmung zwischen der subjectiven Verschuldung und dem Erfolg auch hier nicht bis in's Einzelne zu gehen braucht, vielmehr muß eine im Wesentlichen vorhandene Uebereinstimmung genügen[21]). Immer aber muß es die eigene Handlung des Thäters sein, durch welche der Erfolg bewirkt wurde, und keineswegs kann schon Derjenige wegen Fahrlässigkeit gestraft werden, der nur fahrlässiger Weise den Anlaß zur Fahrlässigkeit eines Anderen gegeben hat[22]), ein Fall, der freilich nicht zu verwechseln ist mit dem Fall, wenn Jemand fahrlässiger Weise eine Mitursache zum Erfolge gesetzt hat[23]). Und ebensowenig

19) Anders eine ältere, mit civilrechtlichen Anschauungen zusammenhängende und u. A. im englischen Rechte noch jetzt vertretene Auffassung, daß ein „versari in re illicita“ von selbst Fahrlässigkeit wegen der dabei bewirkten Verletzung begründe.

20) Vgl. Reichsgericht I, 21. Juni 1880, 2. Dezember 1880; III 22. Dezember 1880.

21) Reichsgericht I, 23. März 1882. Vgl. unten über den Kausalzusammenhang.

22) Anderer Meinung v. Buri, Zeitschrift 1882 S. 294. — Eine Ausnahme macht nur die Vorschrift des Urhebergesetzes §. 20, wo auch die fahrlässige Veranlassung eines fahrlässigen Nachdrucks für strafbar erklärt ist.

23) Wer fahrlässiger Weise ein geladenes Gewehr stehen läßt, mit dem ein Anderer fahrlässig umgeht und einen Dritten verletzt, ist seinerseits wegen fahrlässiger Verletzung strafbar, und zwar nicht nur dann, wenn der Andere unzurechnungsfähig ist, sondern auch im entgegengesetzten Falle.

wie die fahrlässige Veranlassung des fahrlässigen Delictes eines Anderen kann die fahrlässige Veranlassung der fahrlässigen Selbstverletzung eines Anderen gestraft werden, wohl aber der Fall, wenn Jemand eine Mitursache zu der fahrlässigen Selbstverletzung eines Anderen gesetzt hat. Nicht also ist schon Derjenige strafbar, der einen Anderen durch eine leichtsinnige Wette zu einer Selbstverletzung bestimmt hat[24]), wohl aber derjenige, der ihm selber das Mittel hierzu fahrlässiger Weise gereicht hat[25]). Nicht strafbar endlich ist, wer fahrlässiger Weise eine Mitursache zu dem von einem Anderen vorsätzlich herbeigeführten Erfolge gesetzt hat, da in diesem Falle nur die vorsätzliche Handlungsweise in Wahrheit als Ursache des Erfolges erscheint.

7) Auch die Fahrlässigkeit darf nicht präsumirt, sondern muß im einzelnen Falle bewiesen werden. Insbesondere ist durch die Fahrlässigkeit der Verübung selbst noch nicht die Fahrlässigkeit hinsichtlich des herbeigeführten Erfolges gegeben, wobei aber in Betracht kommt (siehe oben Seite 196), daß das Gesetz in einzelnen Fällen dieser Art von einer subjectiven Verschuldung hinsichtlich des Erfolges absieht. Letzteres ist aber vorwiegend bei vorsätzlichen Delicten der Fall (§ 224, 226), wogegen die durch fahrlässige Körperverletzung verursachte Tödtung, wenn nur die Körperverletzung, nicht auch der Tod selbst auf Fahrlässigkeit beruhen sollte, nur als fahrlässige Körperverletzung (§ 230), nicht als fahrlässige Tödtung (§ 222) zu strafen sein würde[26]).

8) Als Arten der Fahrlässigkeit erscheinen

a) die schwere oder grobe und die leichte oder geringe Fahrlässigkeit, ein Unterschied, an welchen im älteren Rechte

24) Vgl. v. Bar, Kausalzusammenhang S. 54 f.; Wahlberg, Schriften III S. 265; Boehlau, Goltd. Archiv 1866 S. 729 ff.; Ortmann, das. 1875 S. 271.

25) Vgl. Reichsgericht I 12. April 1880 (die Frau läßt fahrlässig ein Gift stehen, das der Mann fahrlässig für ein Getränk hält und genießt).

26) Anders §. 326, wo auch bei dem fahrlässigen Delict nur die Handlung selbst auf Fahrlässigkeit zu beruhen braucht, der in §. 326 verlangte Erfolg aber ein zufälliger sein kann.

eine Abstufung der Strafe geknüpft war[27]), der aber nach dem geltenden Recht der Strafzumessung anheimfällt;

b) die bewusste Fahrlässigkeit (luxuria, Frevelhaftigkeit) und die unbewußte Fahrlässigkeit (negligentia, Nachlässigkeit), je nachdem nämlich der Thäter sich der Möglichkeit des Erfolges bewußt war oder nicht[28]), ein Unterschied, der natürlich von denen nicht anerkannt werden kann, welche entweder das Bewußtsein von der Möglichkeit des Erfolges zum Vorsatz genügen lassen (siehe oben) oder dasselbe in allen Fällen zur Fahrlässigkeit für wesentlich erachten, wonach die unbewußte Fahrlässigkeit aus dem Criminalgebiete hinausfällt[29]). Augenscheinlich aber kann die Fahrlässigkeit entweder darin bestehen, dass der Thäter trotz der Vorstellung des Erfolges fahrlässig handelte oder daß das Nichtaufkommen dieser Vorstellung auf Fahrlässigkeit beruhte, zwei Fälle, von denen der erstere sich zwar nicht in einem jeden Einzelfalle, wohl aber durchschnittlich als der schwerere darstellt[30]), wie

27) So im römischen Recht, in welchem bei Tödtung und Brandstiftung sogar nur die culpa lata gestraft wurde (vgl. oben Seite 218 Anm. 4); ferner Württemberg 1839, Hessen-D. 1841, Baden 1845, in welchen bei der Tödtung eine höhere Strafe an die schwere als an die leichte Fahrl. geknüpft war. In einigen Gesetzen wurde bei der Körperverletzung nur die grobe, nicht auch die leichte Fahrl. als strafbar behandelt. Ungeeignet ist es, (mit Wächter, Vorlesungen S. 162) von naher und entfernter Fahrl zu sprechen.

28) Der römische Ausdruck luxuria deckt sich übrigens nicht mit der bewußten Fahrlässigkeit. Ein Anhalt für die betreffende Unterscheidung war schon in der Carolina gegeben, worauf in neuerer Zeit Feuerbach, dann Berner dieselbe vertraten.

29) So Hertz, Unrecht I, S. 34, 155 ff., der leichten Sinnes die Hälfte der Fahrlässigkeit opfert. Vgl. auch John, fortgesetztes Verbrechen S. 71; v. Buri, Kausalität S. 29; Ortloff, Gerichtssaal 1882. S. 435, Hrehorowicz, Grundbegriffe S. 201 f., welche das Bewußtsein der Gefahr, bezw. der Verpflichtung, dieselbe zu vermeiden zur Fahrlässigkeit für wesentlich ansehen.

30) Anderer Meinung Herrmann, Archiv 1856 S. 475 f.; v. Buri, Theilnahme S. 72, Gerichtssaal 1870 S. 14; Binding, Normen II S. 121; Wahlberg, Schriften III S. 283; Hälschner, deutsches Strafrecht I S. 316; v. Liszt S. 167 f. (der die Unterscheidung an die Stelle setzt, ob der Thäter ohne die Vorstellung der Kausalität gehandelt hat oder ob er die Vorstellung, daß die Handlung nicht causal sein

am Besten aus der Verwandtschaft der bewußten Fahrlässigkeit (und nur der bewußten Fahrlässigkeit) mit dem eventuellen Vorsatz hervorgeht;

c) Fahrlässigkeit mit und ohne Verletzung einer Berufspflicht, ein Unterschied, den das Gezetz bei einzelnen Delictsarten (Tödtung und Körperverletzung) in der Art verwerthet, daß die Fahrlässigkeit mit Verletzung einer Berufspflicht als qualificirter Fall behandelt ist (§§. 222, 231). Dabei ist im Gesetze neben der Berufspflicht im engeren Sinne noch die Amts- und Gewerbepflicht genannt, wobei unter Beruf nur eine dauernde und selbstgewählte Thätigkeit, unter Amt nur ein öffentliches Amt und unter Gewerbe die auf dauernden Erwerb gerichtete Thätigkeit zu verstehen ist[31]). Nur ein besonderer Fall hiervon sind die Kunstfehler der Aerzte[32]), hinsichtlich deren im geltenden Rechte keine besondere Vorschrift, insbesondere auch nicht über die Entziehung der Berechtigung zur ärztlichen Praxis ertheilt ist[33]). Bedeutsam aber ist, daß also auch bei ihnen im Falle fahrlässiger Verletzung das Antragserfordernis hinwegfällt. Ein ärztlicher Kunstfehler liegt aber noch nicht dann vor, wenn der Arzt gegen die allgemein anerkannten Regeln der Heilkunst gehandelt hat (vgl. St.G.B. §. 330), vielmehr muß hinzukommen, daß die Handlung auch thatsächlich im vorliegenden Falle nicht angezeigt war, sich vielmehr als eine ungerechtfertigte darstellt[34]).

sein werde gehabt hat, eine Unterscheidung, die zunächt daran leidet (vgl oben S. 205 Anm. 12), daß man nicht weiß, was unter dem Bewußtsein der Kausalität zu verstehen ist; soll aber damit das Bewußtsein von der Möglichkeit des Erfolges gemeint sei, so sind beide Fälle zur unbewußten Fahrlässigkeit zu rechnen.

31) So im Wesentlichen das Reichsgericht in verschiedenen Entscheidungen (vgl Olshausen zu §. 222).

32) Mittermaier, Archiv 1853 S. 167 ff.; Geib, Archiv 1838; Berner, Gerichtssaal 1867; v. Holtzendorff, v. H. Handbuch III S. 471; Wahlberg, Rechtslexicon (ärztliche Verbrechen). Vom ärztlichen Standpunct Oesterlen und Saexinger in Maschka Handbuch der gerichtl. Medicin Bd. III. S. 649 ff; v Krafft-Ebing, Rechtslexicon (Kunstfehler).

33) Anders Württemberg 1839, Baden 1845.

34) Nur Ersteres betont Reichsgericht III 12. April 1882.

Zweites Kapitel.

Die That oder die objective Seite des Delictes.

A. Die That als solche.

§. 28 (31).

Im Allgemeinen.

1) Nicht der schuldhafte Wille als solcher, sondern nur der in die Außenwelt hervorgetretene Wille ist es, mit welchem es das Strafrecht zu thun hat. Wie aber derselbe sich äußert, ist theils nach der Natur des betreffenden Delictes, theils nach den Umständen des besonderen Falles verschieden, und nicht ausgeschlossen ist, daß durch die umfassendste Thätigkeit nur ein geringfügiger, durch eine äußerlich unscheinbare Thätigkeit das schwerste Delict verübt wird.

2) Dennoch sind gewisse Besonderheiten der Verübung von allgemeinerer, über die einzelne Delictsart hinausgehender Bedeutung:

a) Wie schon früher (S. 36 f.) bemerkt wurde, sind die strafbaren Handlungen entweder Verletzungen oder Gefährdungen oder endlich solche Handlungen, welche möglicherweise eine Verletzung oder Gefährdung enthalten und deßhalb als solche unter Strafe gestellt sind.

b) Eine weitere Verschiedenheit ist die, ob die Handlung als solche unter Strafe gestellt ist, oder ob die Strafe des (vollendeten) Delictes an den Eintritt eines bestimmten äußeren Erfolges geknüpft ist, ein Unterschied, welcher dadurch nicht aufgehoben wird, daß genau genommen eine jede Handlung einen gewissen äußeren Erfolg mit sich führt, da vielmehr in jenem Falle ein bestimmter, von der Handlung getrennter Erfolg, z. B. der Tod einer Person gemeint ist. Keineswegs gefordert durch das Wesen der strafbaren Verschuldung, ist

jene Hervorhebung des Erfolges dadurch gerechtfertigt, daß erst im Falle des Erfolges die Nothwendigkeit der Strafe bzw. einer höheren Strafe deutlicher hervortritt [1]), durch dieselbe Erwägung also, aus welcher im älteren Recht eine höhere Strafe auch an die sog. Handhaftigkeit der That (das Ertapptsein des Thäters) geknüpft war [2]), und aus welcher im geltenden Recht vielfach die Strafbarkeit von dem Antrag, bzw. der Ermächtigung betheiligter Personen oder gar von einer vorangegangenen civilrechtlichen Aburtheilung abhängig gemacht ist [3]).

c) Was aber die Art und Weise der Verübung betrifft, so kann das Delict ebensowohl durch physische, wie durch geistige Einwirkung verübt werden, welche letztere sogar das Mittel zur Begehung einer Körperverletzung und selbst einer Tödtung sein kann. Nur ein thatsächlicher Unterschied ist es, daß die letztere Art der Verübung durchschnittlich schwerer als die erstere festzustellen sein wird.

d) Dabei ist es gleich, ob der Thäter den Erfolg, auf den es ankommt, unmittelbar fördert oder ob er eine dem Erfolge entgegenstehende Bedingung beseitigt, z. B. die Schutzwehr wegnimmt, durch welche der Bedrohte gegen die Verletzung geschützt ist. Ueber die (hiervon verschiedene) Verübung eines Delictes durch Unterlassung siehe §. 30.

e) Keinen Unterschied ferner macht es, ob das Delict vom Thäter unmittelbar (durch eigene Thätigkeit) oder mittelbar (vermittelst einer anderen Person) verübt wird, in welcher Hinsicht aber nicht die Anstiftung einer zurechnungsfähigen Person (siehe die Lehre von der Theilnahme), sondern nur die Benutzung einer unzurechnungsfähigen [4]), bzw. in we-

1) Vgl. H. Meyer, die Gerechtigkeit im Strafrecht, Gerichtssaal 1881 S. 122 ff.; auch Lammasch, objective Gefährlichkeit S. 53.

2) Vgl. das oben Seite 68 Anm. 17 über das furtum manifestum Gesagte und unten die Lehre vom Diebstahl.

3) Siehe unten die Lehre von der Strafbarkeit oder der Strafanwendung.

4) Mit Unrecht wird dieselbe häufig als Theilnahme behandelt, die vielmehr die Begehung einer auch subjectiv strafbaren Handlung voraussetzt. So auch vom Reichsgericht; vgl. die Lehre von der Theilnahme.

sentlicher (sie selbst als straflos erscheinen lassender) Weise gezwungenen oder getäuschten Person [5]) in Betracht kommt, — Fälle, die man auch als Fälle einer fingirten Thäterschaft bezeichnet [6]), die sich aber von den Fällen sonstiger Thäterschaft nicht wesentlich unterscheiden [7]). Letzteres erleidet allerdings eine Ausnahme bei denjenigen Delicten, deren Natur eine bestimmte Art des persönlichen Verhaltens erfordert, wie dies insbesondere bei den Sittlichkeitsdelicten und dem Meineide der Fall ist [8]); dennoch ist begreiflich, daß vom Gesetze (§. 160) nur bei einem Delicte eine abweichende Vorschrift ertheilt ist [9]). Ueber die schuldhafte Herbeiführung einer solchen Lage, in welcher dem Thäter ein Schuldausschließungsgrund (z. B. Nothwehr oder Nothstand) zur Seite steht, ist erst unten bei den Schuldausschließungsgründen zu handeln.

f) Eine Besonderheit mancher Delicte ist es, daß dieselben nicht von einer einzelnen Person, sondern nur von Mehreren begangen werden können, Fälle der sog. nothwendigen oder begriffswesentlichen Theilnahme (concursus necessarius) [10]), sei es daß es, wie bei Ehebruch und Incest (StG.B. §§. 172, 173), auf eine gegenseitige Einwirkung oder, wie bei Landfriedensbruch und Aufruhr (St.G.B. §§. 125, 115), auf ein einseitiges Zusammenwirken ankommt, sei es daß jener Umstand (wie bei den genannten Delicten) zum Thatbestand selbst gehört oder (wie bei Widersetzung gegen Forst- und Jagdberechtigte, Hausfriedensbruch und Körperverletzung, St.G.B §§. 119, 124, 223[a]) zu einem erschwerenden Umstande gemacht ist. Von den Fällen der sogen. zufälligen oder eigentlichen Theilnahme (concursus

5) In dieser Beziehung richtig auch das Reichsgericht (I 12. Juli 1882).

6) Ortmann, Goltd Archiv 1875 S 268 ff.; ebenso Schütze und v. Liszt.

7) Anderer Meinung Cohn, Versuch S. 558 f., nach welchem die Einwirkung auf einen Unzurechnungsfähigen nur die Veranlassung, nicht die Verursachung eines Erfolges enthalten könne. Anderer Meinung auch Birkmeyer, Ursachenbegriff S. 78 ff., der hier in allen Fällen eine Mittelstufe zwischen eigener Verübung und Anstiftung annimmt.

8) Vgl. Voigt, Goltd. Archiv 1880 S. 222 ff.

9) Vgl. unten die Lehre von den Eidesdelicten.

10) Schütze, die nothwendige Theilnahme am Verbrechen Leipzig 1869.

facultativus) sind diese Fälle u. A. dadurch verschieden, daß bei mehreren von ihnen nur ein thatsächliches, nicht auch ein schuldhaftes Handeln Mehrerer vorzuliegen braucht, während die eigentliche Theilnahme das schuldhafte Handeln Mehrerer voraussetzt. So bei Ehebruch und Incest, wogegen Landfriedensbruch und Aufruhr, qualificirter Hausfriedensbruch und qualificirte Körperverletzung die Mitwirkung zurechnungsfähiger und schuldhaft handelnder Personen voraussetzen [11]).

g) In manchen (zum Theil den gleichen) Fällen wird Oeffentlichkeit der Verübung [12]) erfordert, sei es, daß (wie St.-G.B. §§. 85, 110, 111, 115, 124, 125, 166, 184, 286) die Strafbarkeit überhaupt oder (wie St.G.B. §§. 186, 187, 200) der Eintritt einer schwereren Strafe an dieselbe geknüpft ist. Dies aber in verschiedenem Sinne [13]), indem nämlich entweder die Verübung an einem öffentlichen Orte (§§. 110, 111, 184) maßgebend ist oder öffentliche Wahrnehmbarkeit (§§. 166, 183, 186, 187, 200) oder öffentliche Betheiligungsmöglichkeit (§§. 115, 124, 125, 286) gemeint ist.

h) Mehrfach ferner ist es die Gewaltsamkeit der Verübung [14]), welche unter Strafe (St.G.B. 106, 107 §§. 113—117 176, 177, 234—236, 240, 249, 252, 253), bzw. unter schwerere Strafe (§. 255) gestellt ist, wobei unter Gewalt jedesmal physische Gewalt (vis absoluta) zu verstehen ist [15]), nicht aber immer Gewalt gegen die Person, sondern auch Gewalt gegen

11) Anderer Meinung (in letzterer Beziehung) die früheren Auflagen; auch Schütze, nothw. Theilnahme S. 320 f. Richtig Herbst, Goltd. Archiv. 1880 S. 112 ff. — Vgl. Württemberg 1839, von welchem für qualific. Hausfriedensbruch und für Landfriedensbruch ausdrücklich die Mitwirkung von Personen über 16 Jahren verlangt wurde.

12) Abegg, Goltd. Archiv 1860 S. 577 ff. 1861 S. 3 ff; Dochow, Oeffentlichkeit (Rechtslexicon).

13) Eine allgemeine Begriffsbestimmung der Oeffentlichkeit ist im Gesetz absichtlich unterblieben, wie in den Motiven (zu Theil II Abschnitt 6) ausdrücklich gesagt ist.

14) Hälschner, Gerichtssaal 1883 S. 1 ff.; Schütze, Gewaltthätigkeit (Rechtslexicon).

15) Bedrohung (vis compulsiva) ist daneben genannt. — Ueber die Streitfrage, ob auch narkotische Mittel hierhin gehören, siehe beim Raube.

Sachen, sei es überhaupt oder wenigstens sofern dieselbe geeignet ist, einen bestimmenden Einfluß auf die Person zu üben [16]). Vgl. noch die an verschiedenen Stellen (§§. 122, 124, 125) genannte Gewaltthätigkeit, welcher theils eine Beziehung auf Personen und Sachen oder (§ 122) nur eine Beziehung auf Personen ertheilt ist [17]).

i) Von allgemeinerer Bedeutung ist endlich die Thätigkeit des Verbreitens, sei es daß die Verbreitung einer Thatsache durch Mittheilung an Andere (St.G.B. §§. 186, 187, 189) oder die Verbreitung einer Darstellung (Schrift, Abbildung oder Darstellung im engeren Sinne) (§§. 110, 111, 131, 184) gemeint ist [18]), welche letztere Art der Verübung sich zugleich (neben der öffentlichen Verübung im engeren Sinne) als eine Unterart der öffentlichen Verübung im weiteren Sinne darstellt. Dabei ist auch die Mittheilung an eine Person genügend, sofern diese die Möglichkeit der Mittheilung an unbestimmt viele Personen begründet [19]). Als besondere Arten der Verbreitung sind im Preßgesetz (§. 3) noch genannt das Anschlagen, Ausstellen und Auslegen an solchen Orten, wo der betreffende Gegenstand (das Preßerzeugniß) der Kenntnißnahme durch das Publicum zugänglich gemacht wird.

3) Ebenso ist die Bedeutung mancher Thatumstände nicht auf die einzelne Delictsart beschränkt, vielmehr von allgemeinerer Bedeutung. So

a) der Begriff der Menge, insbesondere einer Menschenmenge, sei es, daß die Verübung vor einer solchen (St.G.B. §§. 85, 110, 111) oder die Verübung von einer solchen (St.G.B. §§. 116, 124, 125) verlangt wird. Dabei ist der Begriff

16) So mit Recht Wanjeck, Goltdamm. Archiv 1879 S. 194 ff., Hälschner, Gerichtssaal 1883 S. 9, 14. Anderer Meinung Wächter, Vorlesungen S 357, Gerichtssaal 1875 S. 162, Schütze und Andere (auch unsere 3. Aufl.), von welchen stets Gewalt gegen die Person verlangt wird.

17) Ueber die fehlerhafte Behandlung der Gewalt bei der Erpressung, bei welcher dieselbe zugleich als Thatbestandsmerkmal und als erschwerender Umstand genannt ist, siehe bei der Erpressung.

18) Vgl. noch die Urhebergesetze, das Socialistengesetz und das Preßgesetz.

19) Reichsgericht III 27. Sept. 1882.

der Menge keineswegs undefinirbar oder völlig der Erwägung des einzelnen Falles zu überlassen [20]). Vielmehr ist, was bisher verkannt wurde, als Menge diejenige Zahl von Personen zu betrachten, bei welcher es auf das Hinzukommen oder Wegfallen einer einzelnen Person nicht mehr ankommt [21]). Ebenso

b) der Begriff der Angehörigkeit [22]), indem theils die Verübung gegen Angehörige (St.G.B. §§. 247, 263, 370 Nr. 5), theils die Verübung für Angehörige (St.G.B. §§. 54, 257, 258) einer besonderen Behandlung unterliegt. Dabei ist der Kreis der Angehörigen im Gesetze ausdrücklich bestimmt (St.G.B. §. 52 Abs. 2), und zwar dahin, daß in dieser Beziehung Ascendenten und Descendenten, Ehegatten, Geschwister, Schwiegereltern und Schwiegerkinder, Adoptiv- und Pflegeeltern und Adoptiv- und Pflegekinder, die Ehegatten der Geschwister (nicht auch die Geschwister der Ehegatten) und endlich Verlobte genannt sind [23]);

c) der Begriff des Beamten [24]), sei es daß die Verübung gegen Beamte (St.G.B. §§. 113, 114, 196) oder die Verübung von Beamten (St.G.B. §§. 174 Nr. 2, 3, §. 331 ff.) unter Strafe, bzw. schwerere Strafe gestellt ist. Dabei ist für den Begriff des Beamten im Sinne des Reichsstrafrechtes nicht maßgebend, ob dem Betreffenden nach Landesrecht der Name und die Befugnisse eines „Beamten" zustehen; vielmehr ist im Sinne des

20) Siebenhaar, Zeitschrift für Strafr.w. 1884 S. 266; Reichsgericht II 23. October 1883.

21) Es stimmt dies der Sache nach ungefähr mit der früheren gemeinrechtlichen Ansicht, welche auf Grund von Lex 4 §. 3 Dig. de vi bonorum raptorum et de turba zehn Personen erforderte, was Bayern 1813 adoptirte.

22) Kayser, Angehörige (Rechtslexicon); Fuld, Gerichtssaal 1835 S. 191 ff. (Pflegeeltern).

23) Dabei ist sowohl hinsichtlich der Pflegeeltern und -kinder wie hinsichtlich der Verlobten ein thatsächliches Verhältniß der betreffenden Art genügend, ohne daß die Voraussetzungen rechtlicher Gültigkeit vorzuliegen brauchen. Anders mit Beziehung auf das Pflegeverhältniß das Reichsgericht (II 17. Dec. 80, I 27. April 1882), wogegen dasselbe hinsichtlich der Verlobten (III 28. Jan. 1884) sich im richtigen Sinne entscheidet.

24) Vgl die zu den Amtsdelicten zu erwähnende Literatur.

Reichsstrafrechtes (vgl. St.G.B. §. 359) als Beamter ein Jeder anzusehen, der im Staatsdienst angestellt ist, d. h. der in genereller Weise [25]) als Organ des Staats thätig zu werden berufen ist, mag seine Thätigkeit eine höhere oder niedere, geistige oder mechanische sein, mögen ihm obrigkeitliche Befugnisse ertheilt sein oder mag seine Aufgabe in bloßen Dienstleistungen bestehen [26]). Dabei ist es gleich (§. 359), ob der Beamte im Dienste des Reichs oder eines Einzelstaats angestellt ist, ob er im unmittelbaren oder im mittelbaren Staatsdienst (z. B. im Gemeindedienst) angestellt ist, auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig, und endlich ob er einen Diensteid geleistet hat oder nicht [27]). — In einzelnen Fällen werden übrigens Beamte einer bestimmten Art vorausgesetzt, wie insbesondere die Vorschrift des §. 113 nur auf die sog. Vollstreckungsbeamten zu beziehen ist.

d) Dem Begriffe des Beamten verwandt sind die des Religionsdieners und des Geistlichen [28]) (St.G.B. §§. 130^{a}, 196, 232, 338; 174, 181, Personenstandsgesetz §. 67), wobei unter Religionsdienern diejenigen zu verstehen sind, welche die für die Zwecke der betreffenden Religionsgesellschaft erforderlichen Handlungen zu verrichten, unter Geistlichen (engerer Begriff) diejenigen, welche den Gottesdienst der betreffenden Religiongesellschaft auszuüben berufen sind.

e) Mehrfach findet sich der Begriff der Waffe [29]) (St.G B. §§. 88 ff, 123, 127, 223^{a}, 243 Nr. 5, 250 Nr. 1, 360 Nr 2, 367 Nr. 9 u. 10), der theils im engeren Sinne (Waffe im technischen

25) Nicht Beamte sind danach Schöffen und Geschworene, obwohl ihre Thätigkeit selbst als öffentliches Amt bezeichnet wird (§. 31 Absatz 2), wofür richtiger öffentlicher Dienst gesagt würde. Die Begriffe Amt und Beamter sollten einander entsprechen.

26) „Die Natur der Dienste ist nur im Allgemeinen ein Kriterium für das Vorhandensein der Beamteneigenschaft, wo letztere nicht aus der Bestellung selbst sich ergibt“, Reichsgericht II 16. Januar 1882.

27) Ausdrücklich für Beamte erklärt sind noch Notare, ausdrücklich nicht für Beamte Advocaten und Anwälte.

28 Dochow, Verbrechen der Religionsdiener (Rechtslexicon).

29) v. Kries, Goltd. Archiv 1877 S. 22 ff.

Sinne) theils im weiteren Sinne verwandt wird, wobei aber im Einzelnen (so insbesondere beim Diebstahl und Raub, §. 243 Nr. 5, 250 Nr. 1) Streit ist (siehe den Besonderen Theil). Waffe im technischen Sinne ist aber derjenige Gegenstand, dem durch Menschenhand eine auf die Möglichkeit, bzw. leichtere Möglichkeit der Zufügung von Verletzung berechnete Form ertheilt ist[30]).

f) Nicht gleichmäßig wird endlich auch der Begriff der Nachtzeit[31] verwendet, der im St.G.B. (§§. 243 Nr. 7, 250 Nr. 4, 293, 296, 322) nicht wie in der Strafproceßordnung[32]) näher bestimmt ist und theils von der eingetretenen Dunkelheit, theils von der eingetretenen Nachtruhe zu verstehen ist, worüber aber auch hier im Einzelnen Streit ist; vgl. die Lehre von den einzelnen Delictsarten, insbes. Diebstahl und Raub.

§. 29 (32).

Der Kausalzusammenhang[1]).

1) Wo das Gesetz die Strafbarkeit, bezw. die höhere Strafbarkeit an die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges geknüpft

30) Nicht genau Württemberg 1839 Art. 139: „Werkzeug, durch welches nach seiner gewöhnlichen Wirkung eine lebensgefährliche Verletzung zugefügt werden kann“, da es einmal auf die Form des Werkzeugs, andererseits aber nicht auf lebensgefährliche Verletzungen ankommt.

31) v. Holtzendorff, Nachtzeit (Rechtslexicon).

32) Gelegentlich der Haussuchung; vgl. St.P.O. §. 104: „Die Nachtzeit umfaßt in dem Zeitraum vom 1. April bis 30. Sept. die Stunden von 9 Uhr Abends bis 4 Uhr Morgens und in dem Zeitraum vom 1. October bis 31. März die Stunden von 9 Uhr Abends bis 6 Uhr Morgens.“ — Vgl. ferner die Forststrafgesetze, in denen die Zeit von Sonnenuntergang bis Sonnenaufgang genannt ist.

1) Stuebel, Thatbestand §. 68 ff. 117 ff.; Luden, Thatbestand S. 202 ff.; Krug, Archiv 1854, Abhandlungen 2. Aufl. S. 46 ff. (auch im Komm. zum sächs. St.G.B.); Rommel, quaestiones de comm. homic. Aug. Vind. 1862 S. 29 ff.; v. Bar, Kausalzusammenhang Leipzig 1871, Zeitschr. von Grünhut 1877 S. 35 ff.; v. Buri, Kausalität Leipzig 1873, Abhandlungen S. 93 ff., Gerichtssaal 1876, 1877, 1880, Beilageheft 1885, Zeitschr. für Strafr.w. 1882 S. 232 ff.; Binding, Normen I S. 39 ff.; Pfizer, Gerichtssaal 1875; Ortmann, Strafrechtszeitung 1873, Goltd.

hat, erhebt sich im einzelnen Falle die Frage, ob ein Ereigniß der betreffenden Art im gegebenen Falle auch wirklich durch die betreffende Handlung herbeigeführt wurde, m. a. Worten, ob zwischen beiden das Verhältniß von Ursache und Wirkung oder ein sog. Kausalzusammenhang (Kausalität) vorliegt. Völlig zu trennen ist diese Frage von der Frage der subjectiven Verschuldung[2]), die aber dennoch (vgl. unten Seite 237 unter c) hineinspielt. Auch die Frage des Kausalzusammenhanges ist nicht eine reine Thatfrage, vielmehr zugleich eine Rechtsfrage, da es darauf ankommt, was das Gesetz als Kausalzusammenhang ansieht[3]). Dabei ist selbstverständlich nicht von Ursache in dem Sinne die Rede, wonach die Gesammtheit der Bedingungen eines Erfolges Ursache genannt wird[4]); vielmehr in dem Sinne, wonach man eine bestimmte Bedingung des Erfolges als die Ursache derselben heraushebt.

2) Fragt es sich aber, wann ein Kausalzusammenhang im Sinne des Gesetzes vorliegt, so ist in dieser Beziehung nicht zu verlangen

a) daß sich die Handlung als die alleinige Bedingung des Erfolges darstellt, da eine jede Thatsache vielmehr durch unendlich viele vorangegangene Thatsachen bedingt ist; oder

b) daß die Handlung als die nothwendige Bedingung des Erfolges erscheint[5]), da es genügt, wenn derselbe im ge-

Arch. 1875, Gerichtssaal 1876; Wahlberg, Zeitschr. für Strafr.w. 1882 S. 177 ff. (Schriften III S. 230 ff.); Lammasch, Z. von Grünhut 1882 S. 221 ff.; Hertz, Unrecht S. 167 ff., Kausalzusammenhang (Rechtslexicon); Birkmeyer, Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang Rostock 1885 (auch Gerichtssaal 1885 S. 257 ff.).

2) So übereinstimmend v. Buri, Hälschner, v. Liszt, Janka und Andere (gegen v. Bar).

3) Nicht richtig ist es, von dem Verhältniß von Ursache und Wirkung noch das von Grund- u. Folge (Cohn, Versuch) zu unterscheiden, oder den Kausalzusammenhang als etwas von dem Verhältniß von Ursache und Wirkung Verschiedenes zu betrachten (Birkmeyer).

4) Mill, System der deductiven und inductiven Logik, übersetzt von Gompertz Bd. II Leipzig 1872 S. 21; Sigwart, Logik II S. 468, der es zugleich für zulässig erklärt, eine bestimmte Bedingung als Ursache zu bezeichnen.

5) So eine ältere Auffassung (Kleinschrod u. Andere), gegen

gebenen Falle eintrat, obwohl er unter anderen Umständen nicht eingetreten wäre oder hätte abgewendet werden können; oder

c) daß die Handlung eine regelwidrige, der Regel des Lebens widersprechende war[6]), da auch normale Handlungen als Ursache der entsprechenden Wirkungen erscheinen; oder

d) daß die Handlung eine solche war, aus welcher der Erfolg mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten war[7]), da auch Handlungen von sehr unwahrscheinlichem Erfolge unter Umständen dennoch als wirksam erscheinen; oder

e) daß die Handlung als letzte Bedingung des Erfolges zu den übrigen Bedingungen derselben hinzutrat[8]), da es vielmehr sein kann, dass der Handlung noch eine Anzahl anderer Bedingungen des Erfolges gefolgt sind; oder

f) daß der Handelnde sich die übrigen Bedingungen des Erfolges als mitwirksam vorgestellt hat[9]) oder hätte vorstellen sollen, da dies auch auf Theilnahmehandlungen zutrifft, die das Gesetz nicht als verursachende Handlungen ansieht; oder endlich

welche insbesondere Stuebel, vom Thatbestande der Verbrechen Wittenberg 1805, auftrat und welche noch in den meisten dem Reichs-St.G.B. vorangehenden Gesetzbüchern ausdrücklich zurückgewiesen wurde, indem dieselben bei der Tödtung erklärten, daß es nicht auf absolute oder abstracte Tödtlichkeit ankomme, sondern relative oder concrete Tödtlichkeit genüge, sowie daß die Verletzung nicht per se, sondern nur per accidens tödtlich zu sein brauche. So Bayern 1813, Württemberg 1839, Braunschweig 1840, Hessen-Darmstadt 1841, Baden 1845, Preussen 1851, Bayern 1861. Eine allgemeine (auf alle Delictsarten bezügliche) Bestimmung dieser Art enthielt Sachsen 1855 und 1868. Wenn auch jetzt noch von absoluter Tödtlichkeit u.s.w. gesprochen wird, so hat dies nur für die Beweisfrage sowie für die Strafzumessung Bedeutung

6) v. Bar, Kausalzusammenhang S. 11; Zeitschrift von Grünhut 1877 S. 35 ff.

7) Thon, Gerichtssaal 1881 S. 317.

8) Ortmann, Goltd. Archiv 1875 S. 286 ff.; Sturm, Kommissivdelicte 2. Aufl. S. 66.

9) Sigwart, Lohik II S. 468, der aber in erster Linie (vgl. oben Anm. 5) die Gesammtheit aller Bedingungen als Ursache ansieht.

g) daß die Handlung sich als die thätigste oder wirksamste unter den Bedingungen des Erfolges darstellt[10]), da ein bloßer Quantitätsunterschied nicht geeignet ist, einen so wesentlichen Unterschied unter den Bedingungen des Erfolges zu begründen.

4) Andererseits aber genügt es im Sinne des Gesetzes nicht, daß sich die Handlung überhaupt als eine Bedingung des Erfolges darstellt[11]), wonach das Setzen irgend einer Bedingung des Erfolges als Verursachung erscheinen würde. Vielmehr sind gewisse Handlungen auszuscheiden[12]), welche im Sinne des Gesetzes nicht geeignet sind als Ursache des Erfolges zu erscheinen. Und zwar sind dies

a) diejenigen Handlungen, welche nur zur Vorbereitung, nicht zur Ausführung des Delictes gehören, wonach im Sinne des Gesetzes nicht, wie meistens angenommen wird, der Begriff der Ausführung[13]) von demjenigen der Ursache, sondern umgekehrt der Begriff der Ursache von demjenigen der Ausführung abhängt;

b) diejenigen Handlungen, welche sich nur als Theilnahme an der Handlung einer ihrerseits verantwortlichen Person darstellen, sei es daß Theilnahme an dem Delict des Andern[14])

10) Trendelenburg, logische Untersuchungen 3. Aufl. II S. 184 f.; Birkmeyer, Ursachenbegriff S. 17, 58.

11) So vor Allem v. Buri und im Anschluss an ihn Hertz, Lammasch, sowie Hälschner, v. Liszt, Janka, wobei aber v. Buri (Beilageheft 1885 S. 42) zugiebt, daß seine Kausalitätstheorie nicht die des Gesetzes sei. — Vgl. auch die Plenarentscheidung des Reichsgerichts vom 24. Mai 1880 (über den absolut untauglichen Versuch; siehe unten), wogegen die Civilsenate des Reichsgerichts (vgl. Birkmeyer S. 84 ff.) im entgegengesetzten Sinne entscheiden.

12) Nicht zutreffend die von Lammasch (Zeitschrift von Grünhut 1882 S. 243 ff.) vorgenommene Ausscheidung, wonach u. A. die Herstellung des durch das Delict erst zu verletzenden Gegenstandes auszuscheiden habe. Wer eine Hütte an feuergefährlicher Stelle errichtet, um sie eventuell in Brand aufgehen zu lassen, wäre (sofern dies vorkommen wird) allerdings der Brandstiftung schuldig.

13) Vgl. unten die Lehre vom Versuch.

14) Weder Anstiftung noch Beihülfe gelten im Sinne des Gesetzes als Verursachung; siehe die Lehre von der Theilnahme.

oder etwa Theilnahme an einer straflosen Selbstverletzung[15]) vorliegt[16]), sowie endlich

c) solche Handlungen, welche in einer zu entfernten und unsicheren Beziehung zum Erfolge stehen, um als mögliche Träger einer subjectiven Verschuldung (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) zu erscheinen, eine Ausscheidung, welche sich weniger hinsichtlich des zum Thatbestande selbst gehörigen Erfolges[17]) als nothwendig herausstellt, als hinsichtlich der Fälle, in denen an den Eintritt eines schwereren Erfolges eine schwerere Strafe geknüpft ist[18]).

5) Nur unter Aussonderung dieser drei Gruppen von Handlungen läßt sich die Formel rechtfertigen, daß eine Handlung dann als Ursache eines Erfolges erscheine, wenn durch sie das Uebergewicht der positiven über die negativen Bedingungen des Erfolges hergestellt wird[19]) oder: wenn durch sie den vorhandenen Bedingungen die entscheidende Richtung auf den Erfolg ertheilt wird[20]).

6) Ausgeschlossen oder, wie man sagt, „unterbrochen" ist der Kausalzusammenhang jedenfalls dann, wenn ein selbständiges Ereigniß nachträglich eintrat („dazwischentrat"), durch welches der Erfolg herbeigeführt wurde[21]); so, wenn der

15) Im Sinne des Gesetzes kann nicht davon die Rede sein, bei einem sog. amerikanischen Duell den Ueberlebenden wegen Tödtung zu strafen. Anders Binding, Zeitschr. von Grünhut 1875 S. 681.

16) Nicht aber steht das passive Verhalten des Verletzten der causalen Bedeutung der verletzenden Handlung entgegen. Anders v. Holtzendorff, v. H. Handbuch III S. 470.

17) Da hier schon das Erforderniß subjectiver Verschuldung selbst geeignet ist, die erforderliche Grenze zu ziehen.

18) Da hier vom Gesetz in vielen Fällen (vgl. oben Seite 196) von dem Erforderniß subjectiver Verschuldung abgesehen wird. — Ueber den Einfluß dieses Unterschiedes auf den Begriff der Ursache vgl. Hertz, Unrecht S. 181 ff.; Birkmeyer, Ursachenbegriff S. 55.

19) Binding, Normen I S. 42.

20) So die früheren Auflagen. Vgl. auch das bei Wahlberg, Schriften III S 292 mitgetheilte Erkenntniß.

21) Vgl. schon Lex. 57 Dig. locati 19, 2; Lex. 24 §. 2 Dig. de damas infecto 39, 2. Und dazu Pernice, Labeo II S. 36 ff.

Verletzte nachträglich durch den Blitz getödtet wird oder ein Anderer ihn erschlägt, bevor die erste, vielleicht absolut tödtliche Verletzung wirksam wurde[22]). Nicht aber gehören hierhin die Fälle, wenn der Bedrohte zur Seite sprang oder in die Waffe griff und dadurch die Beschädigung herbeigeführt wurde, oder wenn die Verletzung durch unrichtige ärztliche Behandlung, durch Unvorsichtigkeit des Verletzten selbst, durch eine im Krankenhause herrschende Krankheit oder durch hinzutretende Infection einen schädlichen Verlauf nahm, in welchen Fällen am Kausalzusammenhang selbst nicht zu zweifeln ist, wohl aber die Verschuldung ausgeschlossen sein kann, weil der wirkliche und der vorgestellte, bezw. vorzustellende Kausalzusammenhang sich nicht decken. Was insbesondere unrichtige Behandlung und nachtheiliges Verhalten betrifft, so wird es auf den Grad der betreffenden Unregelmäßigkeit ankommen[23]). Und nicht unmöglich ist, daß eine Verantwortlichkeit wegen Vorsatzes ausgeschlossen ist, wo eine solche wegen Fahrlässigkeit noch vorliegt.

7) Aus dem gewonnenen Begriffe der Ursache ergiebt sich derjenige der Mitursache, wenn nämlich durch mehrere Handlungen je eine Bedingung des Erfolges in dem oben genannten Sinne gesetzt ist[24]). Noch darüber hinaus aber geht der Begriff der Mitthäterschaft (siehe unten in der Lehre von der Theilnahme), dem schon durch eine Betheiligung bei der

22) Lex. 11 §. 3 Dig. ad legem Aquiliam 9, 2; Lex 15 §. 1 Dig. eod. tit., welchen Stellen freilich Lex 51 Dig. eod. tit. gegenübersteht. — Eine ausdrückliche Bestimmung hatte Württemberg 1839 Art. 235, wo im Falle absolut tödtlicher Verletzung die Strafe derjenigen des vollendeten Delictes gleichgestellt wurde.

23) Vgl. schon Lex 52 pr. Dig. ad legem Aquiliam 9, 2: „si ex plagis servus mortuus esset neque id medici inscienta aut domini negligentia accidisset". Ueber den Einfluß der neueren Wundbehandlung auf diese Fragen vgl v. Holtzendorff, Gerichtssaal 1880 S. 78 ff — Unrichtig der englische Entwurf von 1878, nach welchem unrichtiges Verhalten und falsche Behandlung des Verletzten, sowie Janka, österr. Strafrecht S. 69, nach welchem unrichtige Behandlung niemals von Verantwortlichkeit befreien. Richtig (in Betreff unrichtigen Verhaltens) Reichsgericht III 4. Juni 1883.

24) Von fahrlässiger Mitverursachung war schon oben (S 222 f.) die Rede.

Setzung einer oder mehrerer Bedingungen des Erfolges genügt ist.

8) In einzelnen Fällen wird eine besondere Art des Kausalzusammenhanges erfordert, so bei der vorsätzlichen Brandstiftung im Falle des §. 307 Nr. 1, daß der Tod des Verletzten dadurch erfolgte, daß derselbe zur Zeit der That sich in den betreffenden Räumlichkeiten befand, wogegen bei der qualificirten fahrlässigen Brandstiftung (§. 309) überhaupt nur Kausalzusammenhang zwischen der That und dem eingetretenen Tode verlangt wird.

9) Ebenso wie die subjective Verschuldung, bedarf auch der Kausalzusammenhang des Beweises, wovon im geltenden Recht einige wenige Ausnahmen gemacht werden[25]). So bei dem Landesverrath im Falle des §. 87, beim Meineid im Falle des §. 154 Absatz 2, in welchen Fällen der Eintritt des betreffenden Ereignisses nach der That oder (wie bei dem Bankerott, Konkursordnung §§. 209 u. 210) der Eintritt desselben nach oder vor der That, genügt, die schwerere Strafe zu begründen.

§. 30 (33).

Die Unterlassung[1]).

1) Hinsichtlich der Frage ob und unter welchen Voraussetzungen ein Delict auch durch Unterlassung begangen wer-

25) Nicht mehr gehört hierhin die Abtreibung, deren Thatbestand in früheren Gesetzen (so Hannover 1840) in der Art bestimmt war, daß die Anwendung des betreffenden Mittels und die Thatsache vorzeitiger Entbindung genügten.

1) Luden, Abhandlungen I S. 467 ff., II S. 219 ff.; Krug, Abhandlungen 2. Ausg. (Kommentar Abth. 3) S. 21 ff.; Glaser, Abhandlungen S. 287 ff., im Rechtslexicon und Gerichtssaal 1882; Merkel, Abhandlungen I S. 76 ff.; v. Bar, Kausalzusammenhang S. 90 ff. Z. von Grünhut 1876 S. 49 ff.; v. Buri, Kausalität S. 96 ff., Gerichtssaal 1869, 1875, 1876, Beilageheft 1877, Beilageheft 1885, Zeitschrift für Strafr. 1881 S. 400 ff.; Binding, Normen I S. 36 ff., II S. 206 ff. 447 ff.; Ortmann, Strafrechtszeitung 1873, Gerichtssaal 1874, 1875, 1880; Pfizer, Gerichtssaal 1875; Schwalbach, Gerichtssaal 1879; Seeligsohn, Goltd. Archiv 1880; Aldosser, inwiefern kann durch Unterlassungen u.s.w. München 1882; v. Berger, Z. von Grünhut 1882; Haupt, Zeitschrift für Strafr.wiss. 1882; Rotering, Gerichtssaal 1882; Sturm, Kommissivdelicte durch Unterlassung und Ommissivdelicte Kassel 1883, 2. Aufl. (abgekürzt) 1884; v. Rohland, Festrede Dorpat 1885.

den könne[2]) tritt uns zunächst entgegen, daß in nicht wenigen Fällen das Gesetz gerade die Unterlassung selbst unter Strafe gestellt hat, indem dasselbe (als sog. Präceptivgesetz) eine bestimmte Handlung bei Strafe gebietet. Solche eigentlichen Unterlassungsdelicte (Omissivdelicte) sind keinem Rechte fremd und kamen u. A. auch schon im älteren deutschen Recht vor, in welchem insbesondere die Verletzung der Heerespflicht und der sog. Ding- oder Gerichtspflicht unter Strafe gestellt war. Besonders zahlreich aber finden sich diese Delicte in der neueren Gesetzgebung, entsprechend der umfassenden Fürsorge des Staates für die verschiedenen Zweige des öffentlichen Wohls und der vermehrten Anforderung, die danach von Seiten des Staates an die Thätigkeit des Einzelnen gestellt wird. Gerade deswegen aber gehören diese eigentlichen Unterlassungsdelicte meistens[3]) zu demjenigen Gebiete strafbarer Handlungen, welches man (vgl. oben Seite 39 f.) als polizeiliches oder Polizeiunrecht bezeichnet. Sehen wir aber auf die verschiedenen Fälle, so sind dies theils solche, in denen die Unterlassung einer allgemeinen Rechtspflicht oder einer besonderen Berufs-, bzw. Amtspflicht, theils solche, in denen die Unterlassung als solche oder die Unterlassung einer durch generellen oder speciellen Befehl geforderten Thätigkeit unter Strafe gestellt ist. Vom St.G.B. gehören bisher §§. 116 Absatz 1, 139, 140 Nr. 1, 162, 170, 316, 318, 320, 322, 340, 341, 345, 346, 347, 354, 355, 357, 358, 360 Nr. 10, 361 Nr. 4, 9, 365 Absatz 1, 367 Nr. 11—15, 368 Nr. 2, 4, 8, in denen theils nur Unterlassungen, theils Handlungen und Unterlassungen

2) Nur hiervon kann die Rede sein, nicht aber genau genommen von der Herbeiführung eines Erfolges durch Unterlassung, die sich bei näherer Betrachtung in die Nichtabwendung des Erfolges auflöst. So wenig anstößig es im Allgemeinen sein mag, sich jenes Ausdruckes zu bedienen, so ist derselbe doch in der Beziehung nicht unbedenklich, daß danach leicht die eigentliche Rolle (vgl. unten Anm. 8) verkannt wird, welche dem Kausalzusammenhang (bezw. der Analogie desselben) in diesen Fällen zukommt.

3) Keineswegs sämmtlich; vgl. die eigentlichen Unterlassungsdelicte des Militärstrafrechts, die, wie vor Allem der militärische Ungehorsam, unzweifelhaft als Criminalunrecht erscheinen.

unter Strafe gestellt sind[4]), wozu noch eine große Zahl von Vorschriften in strafrechtlichen Nebengesetzen hinzukommt[5]). Dabei ist in den meisten dieser Fälle nicht nur die vorsätzliche, sondern auch die fahrlässige Verübung unter Strafe gestellt (so auch der richtigen Ansicht nach in §. 139), die aber meistens (so auch in §. 139) in einer und derselben Strafbestimmung zusammengefaßt werden. Ueber Schuldausschließungsgründe siehe unten (Nr. 6).

2) Hinsichtlich derselben Frage kommt ferner in Betracht[6]), daß in manchen Fällen die Strafbestimmung gleichmäßig auf ein negatives, wie auf ein positives Verhalten zu beziehen ist, wie dies z. B. bei verschiedenen Sittlichkeitsdelicten und bei verschiedenen Amtsdelicten der Fall ist. So ist es für Ehebruch, Incest, Sodomie und öffentliches Aergerniß (St.G.B. §§. 172—176, 182) gleich, ob das Delict durch positives Thun oder durch bloßes Dulden verübt ist. Von Amtsdelicten vgl. St.G.B. §§. 331, 332, 334, 346, 347, 354, 355, 357, wo neben dem Thun auch das Geschehenlassen unter Strafe gestellt ist. Vgl. außerdem noch §§. 142, 327 u. 328, 329, 330 u. A., die ebenfalls nicht bloß auf ein Thun, sondern auch auf Dulden und Unterlassen zu beziehen sind.

3) Nicht zweifelhaft aber ist endlich, daß auch die übrigen Delicte, also die sog. Begehungsdelicte (Kommissivdelicte), ausnahmsweise durch Unterlassungen verübt werden können[7]).

4) Mit Unrecht werden die meisten dieser eigentlichen Unterlassungsdelicte von Sturm (2. Aufl. S. 81, 86 ff) als nur scheinbar echte Omissivdelicte bezeichnet, nämlich alle diejenigen, bei welchen, wie bei den Unterlassungsdelicten der Beamten, die Verpflichtung zur Thätigkeit durch einen freiwilligen Act bedingt war, was doch ihre Bedeutung als echte Unterlassungsdelicte nicht ausschliesst.

5) So im Militär-St.G.B., in der Konkurs Ordnung, in der Gewerbeordnung, im Pressgesetz, im Personenstandsgesetz, im Actiengesetz, im Unfallversicherungsgesetz, im Sprengstoffgesetz, im Socialistengesetz, in den Zoll- und Steuergesetzen u s.w. Nicht hierhin gehören freilich die zahlreichen Fälle, in welchen auf die Unterlassung eine „Ordnungsstrafe" (vgl. oben Seite 11 f.) gesetzt ist.

6) Vgl. besonders Schwalbach, Gerichtssaal 1879 S. 548; auch die daselbst 1878 S. 529 f. mitgetheilte Entscheidung.

7) Anderer Mg. Ortmann, Strafrechtszeitung 1873 S. 465 ff, besonders S. 470; Geyer, krit. Viertelj. 1882 S. 244, welche der Ansicht

Ein Widerspruch liegt hierin durchaus nicht, da der Ausdruck Begehungsdelicte keineswegs solche Delicte zu bezeichnen braucht, die nur durch Begehung verübt werden können, sondern zweckmäßig auch für diejenigen, welche nur regelmäßiger Weise Begehung voraussetzen, gebraucht wird. Was aber die Frage betrifft, wann jene Ausnahme vorliegt, so ist dies der Fall

a) im Falle einer besonderen Rechtspflicht, welche den Thäter zur Abwendung eines bestimmten Erfolges verbindet, sei es daß diese Pflicht, wie diejenige der Eltern zur Erhaltung des Kindes, unmittelbar auf dem Gesetze beruht, oder, wie die Pflicht des Krankenwärters, des Bahnwärters aus einem Vertrage hervorgeht. Wer eine derartige Verpflichtung verletzt hat, ist eventuell wegen vorsätzlicher, bzw. fahrlässiger Herbeiführung (Nichtabwendung) des betreffenden Erfolges zu strafen, vorausgesetzt nämlich, daß der Erfolg voraussichtlich wirklich abgewendet worden wäre[8]) und daß kein Schuldausschließungsgrund vorliegt. So schon das römische Recht und verschiedene neuere Gesetzgebungen, welche ausdrückliche Vorschriften hierüber enthielten[9]). — Ebenso aber auch

b) im Falle eines solchen vorausgegangenen Thuns[10]), welches den Thäter zur Abwendung des daraus

sind daß bei Begehungsdelicten zwar ein aus Thun und Unterlassen gemischtes Verhalten vorkommen könne, niemals aber das Thun vollständig entbehrt werden könne. Allein die Strafbarkeit z. B. einer Mutter, die ihr Kind verschmachten lässt, kann nicht davon abhängig sein, daß dieselbe zugleich positiv thätig war.

8) Dies ist der Punct, an welchem hier die Frage des Kausalzusammenhangs hervortritt, deren unzureichende Beantwortung in vielen Fällen einer Bestrafung entgegenstehen wird. Vgl. den Fall bei Osenbrüggen, Studien S. 3, nach welchem im Jahre 1615 ein Mann aus Zofingen hingerichtet wurde, weil er bei einem Schiffsunglück versäumt hatte seine Frau zu retten.

9) Vgl. Lex 4 Dig. de agnoscendis et alendis liberis 24, 3: „necare videtur non solum is, qui partum perfocat, sed et is, qui abicit aut qui alimonia denegat". Württemberg 1839 Art. 236, Baden 1845 §. 203.

10) Anders Feuerbach Lehrbuch §. 24; Hälschner, preuss. Strafr. II S. 67; Oppenhoff zu §. 211; Schütze, Lehrbuch S. 380; Geyer, v. H. Handb. IV S. 92, v. H. Encycl. 4. Aufl. S. 893, krit.

hervorgehenden Erfolges, also zu einem entsprechenden anderweiten (complementären) Thun verpflichtet[11]), ein Fall, in welchem auch eine Rechtspflicht[12]), nicht aber eine auf besonderen Verhältnissen oder Abmachungen beruhende, sondern ganz allgemeine Rechtspflicht vorliegt[13]). Der Grund hierfür ist der, daß das Recht zwar (abgesehen von den unter Nr. 1 erwähnten Fällen) eine völlige Nichtthätigkeit frei giebt, ein positives Eingreifen in den Gang der Ereignisse aber nur bedingungsweise gestattet, unter der Bedingung nämlich, daß das begonnene Thun nicht beliebig abgebrochen, sondern zu einem entsprechenden Ziele geführt, bzw. zu einem unschädlichen Ergebniß zurückgelenkt wird. Zu eng ist es, dies auf den Fall zu beschränken, daß der Täter die Integrität anderer Personen auf die Vornahme der betreffenden Handlung gestellt[14]) oder gar in Anderen die Erwartung eines bestimmten Thuns erregt hat[15]). Viel zu weit aber würde es gehen, eine rechtliche Verantwortlichkeit jedesmal dann eintreten zu lassen, wenn der Betreffende thatsächlich die Macht zur Abwendung des betreffenden Erfolges gehabt hat[16]).

4) Dabei ist es ebenso unnöthig wie vergeblich, in der Unterlassung jedesmal eine positive Thätigkeit nachweisen zu

Viertelj. 1882 S. 443, welche bei den zu a genannten Fällen stehen bleiben zu müssen meinen.

11) So, im Ergebniß übereinstimmend, v. Bar, Kausalzusammenhang S. 90ff; Binding, Normen I S. 43ff.; Hälschner, deutsches Strafrecht I S. 238ff.; Wächter, Vorlesungen S. 197; Hrehorowicz Grundbegriffe S. 317; Liszt, Lehrbuch S. 116; Janka, österr. Strafrecht S. 75f.; Merkel, Encyclopaedie §. 735; Rohland, Festrede S. 14; Rotering, Gerichtssaal 1882 S. 206.

12) Vgl. schon Lex 31 Dig. ad legem Aquiliam 9, 2

13) Nicht von den obigen Fällen verschieden sind diejenigen Fälle, welche von Binding (Normen II S 239) als Fälle scheinbaren Zusammentreffens von schuldloser Verursachung und culpa subsequens bezeichnet werden; so, wenn die Holzknechte den rollenden Stamm nicht aufhalten, und dergl.

14) So Merkel, Abhandlungen I S. 79ff.

15) So Ortmann, Gerichtssaal 1874 S. 439ff.

16) Anders steht es mit der sittlichen Verantwortlichkeit, von der augenscheinlich bei Sigwart, Begriff der Wollens S. 34; Lasson, Rechtsphilosophie S. 494 die Rede.

wollen; sei es daß man auf die inzwischen vorgenommene anderweite Thätigkeit hinweist[17]) (wer sagt uns, daß der Thäter inzwischen irgend etwas gethan hat?), oder daß man die vorangegangene Thätigkeit, bzw. die Uebernahme der Rechtspflicht als Thätigkeit heranzieht[18]) (während sie doch nur als Verpflichtungsgrund in Betracht komm), oder daß man auf die „Unterdrückung des dem Erfolge entgegenwirkenden Willens Werth legt[19]) (wer sagt uns, daß ein solcher Wille überhaupt auftaucht? und keinenfalls würde eine solche rein innere Thätigkeit als eine Handlung im Rechtssinne erscheinen), oder endlich[20]) daß man (die Krone dieser Bemühungen), die in der Unterlassung liegende „Beseitigung einer vom Erfolge abhaltenden Bedingung" für eine positive Thätigkeit erklärt (wodurch ein rein ideeller Vorgang zu einem realen Geschehen gemacht wird). Wenn man aber schließlich die causale Wirkung aus der Unterlassung heraus in die übrigen Bedingungen des Erfolges verlegt[21]) oder als durch die Unterlassung bewirkten Erfolg nicht den thatsächlichen, sondern den rechtlichen Erfolg (eben die unterlassene Anwendung des Erfolges selber) ansieht[22]), so ist dies doch nur ein anderer Ausdruck dafür, daß es bei der Verübung durch Unterlassung überhaupt nicht auf die Herbeiführung, sondern nur auf die strafbare Nichtabwendung des Erfolges ankommt. — Nicht ausgeschlossen freilich ist, daß der Thäter sich durch eine Thätigkeit in die Lage versetzt, die ihm obliegende Thätigkeit nicht erfüllen zu können; so wenn er abreist, um die rechtzeitige Anzeige nicht zu erstatten, wenn er sich berauscht, um die Weiche nicht zu stellen u. dgl., und für diese Fälle (aber auch nur für diese)

17) Luden, Abhandlungen II S. 220 ff; v. Rohland, internat. Strafrecht S. 69.

18) Glaser, Abhandlungen S. 344 ff.

19) v. Buri, Gerichtssaal 1869 S. 189 ff., Kausalität S. 89 ff., Zeitschrift 1881 S. 413, Gerichtssaal 1885 Beilageheft S. 15, eine Ansicht, die sich die Zustimmung von v. Liszt, Janka, Berger und Anderen erworben hat.

20) Binding, Normen II S. 248 ff., eine Ansicht, welcher auch Hälschner, deutsches Strafrecht I S. 241 f. zustimmt.

21) v. Liszt, Lehrbuch S. 115.

22) v. Rohland, Festrede S. 11 ff.

läßt sich behaupten, daß das Unterlassungsdelict durch positive Thätigkeit verübt wird.

5) Dabei versteht es sich von selbst, daß sowohl Zurechnungsfähigkeit wie subjective Verschuldung zur Zeit der Unterlassung vorhanden sein müssen, wie andererseits es genügt, wenn dieselben zu der genannten Zeit vorhanden waren. Schief aber ist es, im Falle des Vorsatzes hier von einem „dolus subsequens" zu sprechen, ein Ausdruck, der sich vielmehr als ebenso unrichtig und überflüssig, wie der Ausdruck „actio libera in causa" (vgl. oben Seite 191) bei der Zurechnungsfähigkeit darstellt.

6) Uebrigens ist die Verpflichtung zur Thätigkeit nicht eine unbedingte [23]; vielmehr kann eine jede Unterlassung aus denselben Gründen gerechtfertigt sein, wie eine positive Thätigkeit, wobei auch hier insbesondere der Schuldausschließungsgrund des Nothstandes in Betracht kommt. Eine besondere, denselben erweiternde Vorschrift ist im Falle des §. 360 Nr. 10 getroffen [24]).

7) Was die Höhe der Strafe betrifft, so sind es der Regel nach nur geringere Strafen, welche auf die eigentlichen Unterlassungsdelicte gesetzt sind, die der Regel nach nur als Uebertretungen erscheinen und nur in einigen Fällen (vgl. St.G.B. §. 139 und vor Allem die Unterlassungen des Militärstrafrechts) unter höhere Strafe gestellt sind [25]). Aber auch die Verübung eines Begehungsdelictes durch Unterlassung muß durchschnittlich geringer strafbar als die Verübung durch positive Thätigkeit erscheinen [26]), da sich die Unterlassung als ein weniger starker Widerspruch gegen die Rechtsordnung darstellt.

8) Die Frage nach Zeit und Ort der Verübung von Unterlassungsdelicten ist dahin zu beantworten, daß in dieser Beziehung diejenige Zeit und derjenige Ort in Betracht kom-

23) So schon die 3. Auflage dieses Buches, wesshalb die Bemerkung v. Buri's (Gerichtssaal 1885 Beilageheft S 22) nicht zutrifft

24) Insofern hier die Straflosigkeit nur daran geknüpt ist, daß der Thäter nicht „ohne erhebliche eigene Gefahr" der Aufforderung nachkommen konnte.

25) Vgl. besonders Mil St.G B. §. 141, wo unter Umständen sogar die Todesstrafe gedroht ist.

26) Lammasch, das Moment objectiver Gefährlichkeit S 14.

men, zu welcher, bzw. an welchem es dem Thäter möglich war, die ihm obliegende Verpflichtung zu erfüllen, er dieß aber schuldhafter Weise versäumt hat. Doch kann hinsichlich der eigentlichen Unterlassungsdelicte in dieser Beziehung nicht das ganze Verhalten des Thäters, sondern nur der letzte Theil desselben in Betracht kommen. Ueber den Versuch von Unterlassungsdelicten, über die Theilnahme an solchen sowie über den Beginn der Verjährungsfrist bei denselben siehe bei den betreffenden Lehren.

9) Nicht zweifelhaft endlich ist, daß ein jedes Delict durch Unterlassung begangen werden kann, auch diejenigen, welche (wie Raub, Nothzucht) anscheinend unbedingt ein positives Handeln erfordern, da bei keinem Delicte ausgeschlossen ist, daß dasselbe (vgl oben S. 227 f.) vermittelst einer ihrerseits nicht verantwortlichen Person verübt wird, die Bestimmung der letzteren zur That aber nicht nur durch positive Thätigkeit, sondern unter Umständen durch Unterlassung geschehen kann. Und ebenso wie die Verübung des Delictes selbst, so kann auch die Theilnahme an einem solchen durch Unterlassung begangen werden, was aber nur unter denselben Voraussetzungen, wie bei der Thäterschaft der Fall ist.

B. Die That hinsichtlich ihrer Vollständigkeit oder die Lehre vom Versuch [1].

§. 31 (34).

Der Versuch im Allgemeinen.

1) Da das Wesentliche an dem Delict die strafbare Willensäußerung ist, diese aber eine vollständige oder weniger

1) Zachariae, die Lehre vom Versuch 2 Bde Göttingen 1836, 1839, Goltd. Archiv 1855, 1857; Luden, über den Versuch (Abhandlungen I) Göttingen 1836; Krug, Versuch Leipzig 1854; Otto, Versuch Leipzig 1854; v. Bar, zur Lehre von Versuch und Theilnahme Hannover 1861; v. Schwarze, v. H Handbuch II S. 627 ff.; Seeger, Goltd. Archiv 1870 S. 227 ff. v. Tippelskirch, daselbst 1871 S. 481 ff. Häberlin, Gerichtssaal 1872; v. Buri, daselbst 1876, 1877, 1880 Beilageheft 1885 S. 114 ff.; Hiller, Z. von Grünhut 1878; Cohn, zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen I Breslau 1880; v. Liszt, Zeitschrift 1881 S 93 ff.; Janka, das össterr. Gesetz und der subjective Versuch (Sep. A.) Prag 1882; Spindler, das österr. Gesetz und die Versuchstheorien (Sep. A.) Prag 1883.

vollständige sein kann, so ist es folgerichtig, daß nicht bloß das vollendete [2]), sondern schon das nicht vollendete [3]) Delict unter Strafe gestellt ist, was insbesondere in den Fällen als unumgänglich erscheinen muß, in welchen nicht eine bestimmte Thätigkeit, sondern die Herbeiführung eines gewissen Erfolges unter Strafe gestellt ist. Ja es fragt sich, ob dies auf vorsätzliche Delicte zu beschränken ist oder nicht auf fahrlässige Delicte ausgedehnt werden sollte, eine Folgerung, welche jedoch das positive Recht ablehnt [4]), indem immer entweder nur die fahrlässige Herbeiführung eines bestimmten Erfolges [5]) oder die fahrlässige Vornahme eines bestimmten (näher abgegrenzten) Thuns unter Strafe gestellt ist. Es fragt sich ferner, ob nicht auch die Vorbereitung eines Delictes schon unter Strafe gestellt werden soll, was im geltenden Rechte (siehe unten) nur in beschränktem Maße der Fall ist. Was aber den Rechtsgrund für die Bestrafung des Versuchs, bzw der Vorbereitungshandlungen betrifft, so besteht derselbe einfach darin, daß schon in ihnen der dem Rechte entgegengesetzte Wille hervortritt, ohne daß es nöthig ist, zu der Präsumtion zurückzugreifen, daß

2) Dabei kommt in Betracht, daß schon die Vollendung selbst bei manchen Delicten auf einen früheren Zeitpunct gelegt ist, als nach der gewöhnlichen Anschauung, wie dies u. A. bei der Brandstiftung und bei der Nothzucht (siehe unten) der Fall ist, sodaß die weitere Begehung der Strafzumessung anheimfällt Mit Unrecht hiergegen Cohn S. 34, 582 ff

3) Unnöthig ist es, zwischen unvollständigem und versuchtem Delicte zu unterscheiden (Cohn), da sich das unvollständige (vorsätzliche) Delict eben als Versuch darstellt, dessen Begriff nicht auf den Fall des beendigten Versuchs (siehe unten) beschränkt zu werden braucht.

4) Für völlig consequent erachten dieß Hälschner, d. Strafr. I S. 133 f.; Geyer, Culpa (Rechtslexicon); v. Liszt, Lehrbuch S. 183; Janka, österr. Strafr. 128; Sturm, Kommissivdelicte S. 176, während darin in Wahrheit nur eine jener mannigfachen Einschränkungen des Criminalgebiets vorliegt Vgl. die 1. Auflage dieses Buches S. 175, 201 und Gerichtssaal 1881 S. 104 ff.; auch Lammasch, Gefährlichkeit S. 35; v. Buri, Beilageheft 1885 S 135.

5) Theilweise ergänzt wird diese Lücke durch Strafvorschriften polizeilichen Charakters, durch welche zu schnelles Fahren in Ortschaften, Schießen in der Nähe bewohnter Gebäude (St.G.B. 366 Nr. 2, §. 368 Nr. 7) u. dgl. unter Strafe gestellt ist.

der Thäter voraussichtlich das Delict auch vollendet haben würde [6]). Fragt sich aber, wie der Versuch unter Strafe gestellt ist, so ist es offenbar ungenügend, wenn im Gesetze nur bestimmte Versuchshandlungen unter Strafe gestellt werden; vielmehr ist nur die Bedrohung des Versuches in begrifflicher Allgemeinheit (generelle Bedrohung) geeignet, dem hier vorliegenden Bedürfnisse zu entsprechen.

2) Nichtsdestoweniger ist der Versuch im römischen Recht [7]) lange Zeit nur in der Weise behandelt worden, daß neben dem vollendeten Delicte auch eine Anzahl bestimmter Versuchshandlungen unter Strafe gestellt war, wie dies u. A. in der Lex Cornelia de sicariis mit verschiedenen auf Tödtung gerichteten Handlungen [8]) der Fall war. Doch sind in der Folgezeit nicht nur nach Analogie dieser Fälle auch andere Fälle gestraft worden, sondern es ist kein Zweifel, daß, wenigstens bei einer größern Anzahl von Delicten [9]), der Versuch auch in begrifflicher Allgemeinheit gestraft wurde. Nicht

6) So (für den beendigten Versuch) Lammasch, Gefährlichkeit S. 70. — Daß der Versuch, wie behauptet worden ist, stets auf einem Irrthum des Thäters beruhe, ist nur insofern richtig, als der Thäter, wenn er die Nichtvollendung vorausgesehen hätte, das Delict voraussichtlich nicht unternommen haben würde. Den Streit, ob schon der der Versuch oder erst das vollendete Delict eine Normübertretung enthält (auffallender Weise von Binding, Normen I S. 39, in letzterem Sinne beantwortet), können wir den Anhängern der Normentheorie überlassen.

7) Cropp, de praeceptis juris romani circa puniendum conatum Heidelberg 1873; Seeger, Versuch des Verbrechens nach röm. Recht Tübingen 1879; Pernice, Labeo II S. 40 ff.

8) Darunter neben Verwundung und Giftbeibringung auch Rechtsbeugung, falsches Zeugniß u. Anderes. Uebrigens finden sich außer den Versuchshandlungen auch gewisse Vorbereitungshandlungen bedroht, wie dies insbesondere mit dem cum telo ambulare und venenum conficere der Fall ist.

9) So bei der Tödtung, dem crimen majestatis, dem crimen ambitus, peculatus, stuprum, adulterium und verschiedenen crimina extraordinaria. Vgl. Seeger S. 1 ff. 44 ff. Wächter, Vorlesungen S. 204 erklärt es für wahrscheinlich, daß der Versuch bei allen crimina legitima bedroht wurde. Aeußerungen, wie „in malificiis voluntas spectatur, non exitus“ (l. 14 Dig. ad legem Corneliam de sicariis 48, 8), machen dies wahrscheinlich.

bestraft wurde der Versuch bei den delicta privata, wobei aber das oben (Seite 71 unter b) Gesagte in Betracht kommt. Ebenso wurden im älteren deutschen Recht [10]) nur bestimmte Fälle des Versuchs als strafbar behandelt, insbesondere solche, welche schon ihrerseits als Friedensbruch erschienen, ein Begriff, durch welchen der größeren Strafbarkeit des Versuchs ein gewisser Vorschub geleistet wurde. In begrifflicher Allgemeinheit aber wurde der Versuch erst von den italienischen Juristen erfaßt [11]), welche den Versuch als solchen (wenigstens bei delicta atrociora) für strafbar erklärten. Ihnen ist dann die Carolina gefolgt, die in Art. 178 eine allgemeine Vorschrift über die Bestrafung des Versuches ertheilt hat [12]). Aehnlich die neueren Gesetzgebungen, insbesondere Reichs-St.G.B. §. 43 [13]), in denen aber neben der allgemeinen Bedrohung des Versuchs hier und da auch noch einzelne Versuchshandlungen (bei einzelnen Delictsarten) unter Strafe gestellt sind.

3) Dabei wird aber der Versuch im positiven Recht nicht in allen, sondern nur in den schwereren Fällen (bei den schwereren Delictsarten) als strafbar behandelt, was von der Carolina in der Art geschehen ist, daß der Versuch nur in peinlichen Fällen (siehe oben Seite 41) für strafbar erklärt ist. Aehnlich die neueren Gesetzgebungen, die aber insofern von einander abweichen, als nach den einen nur eine Ausnahme für geringere Fälle gemacht ist, wogegen von anderen noch eine

10) Wilda, Strafrecht d. Germanen S. 598 ff.; John, Strafr. zur Zeit der Rechtsbücher S. 141 ff.; Hälschner, preuß. Strafr. I. S. 174 ff.; Osenbrüggen, alamann. Strafr. S. 64 ff. und oben S. 80 Anm. 59.

11) Seeger, Ausbildung der Lehre vom Versuch in der Wissenschaft des Mittelalters Tübingen 1869 S. 8 f., Gerichtssaal 1872 S. 210. — Von Einfluß war auch hier das canonische Recht, das sogar auf die bloße Gedankensünde zurückging.

12) „Item so sich Jemand eyner missethat mit etlichen scheynlichen wercken, die zur volnbringung der missethat dienstlich sein mögen, understeht und doch an volnbringung derselben missethat durch andere Mittel, wider seinen Willen verhindert würde, solcher böser will, darauß etlich werck als obsteht volgen, ist peinlich zu strafen."

13) Wesshalb in diesem Artikel keine Definition des Versuchs enthalten sein soll (Cohn, S. 37, v. Liszt, Lehrb. S. 186, Olshausen Nr. 1 zu §. 43), ist nicht ersichtlich. Anders allerdings Preußen 1851: „der Versuch ist nur dann strafbar u.s.w."

Beschränkung in mittleren Fällen hinzugefügt wurde. Letzteres auch vom Reichs St.G.B. (§. 43), wo der Versuch eines „Verbrechens" allgemein, der Versuch eines „Vergehens" nur in besonderen Fällen [14]) und der Versuch einer „Uebertretung" niemals für strafbar erklärt ist [15]). Dabei sind diejenigen Vergehen, bei welchen der Versuch für strafbar erklärt ist, theils im St.G.B., theils in den strafrechtlichen Nebengesetzen enthalten [16]). Es kommt danach vor, daß der Versuch des einfachen Delictes, z. B. der einfachen Körperverletzung, als straflos erscheint, wogegen derjenige des qualificirten Delictes, z. B. der schweren Körperverletzung, bestraft wird. Was aber die Straflosigkeit des Versuchs bei Uebertretungen betrifft, so ist nicht ausgeschlossen, daß derselbe, sei es in Reichs- oder in Landesgesetzen, durch Specialvorschrift gestraft wird [17]).

4) Ausnahmsweise wird übrigens im heutigen Recht nicht zwischen Versuch und Vollendung unterschieden, indem vielmehr das „Unternehmen" als solches unter Strafe gestellt

14) So schon Preußen 1851, Bayern 1861. Umgekehrt Holland 1881, welches diejenigen Vergehen, bei welchen der Versuch nicht gestraft werden soll, heraushebt. Für Letzteres auch Hälschner, d. Strafrecht I S. 466; aber mit Unrecht, da es dem Gesetze nicht ansteht, strafwürdige Fälle ausdrücklich als nichtstrafbar zu bezeichnen. Andererseits ist es begreiflich, daß das Gesetz in geringeren und unbestimmteren Fällen auf Bestrafung verzichtet.

15) Eine andere Abstufung schlägt v. Liszt vor (Lehrb. S. 181), indem er befürwortet, den Versuch von Verletzungsdelicten immer, den Versuch von Gefährdungsdelicten nur ausnahmsweise, den Versuch von Ungehorsamsdelicten niemals zu strafen, wobei es zunächst darauf ankäme, eine feste Grenze zwischen diesen Arten von Delicten zu ziehen.

16) Vom St G B. selbst vergleiche §§ 107, 120, 140, 141, 148, 150, 160, 169, 242, 246, 253, 263, 269, 303, 339, 350, 352. — Fälle, unter denen die Eigenthumsdelicte überwiegen. Von strafrechtlichen Nebengesetzen Rinderpestgesetz von 1878 §. 1, Nahrungsmittelgesetz 1879 §. 12, Bankgesetz §. 57, die verschiedenen Zoll- und Steuergesetze u. dgl. Daß diese Fälle durchweg richtig ausgewählt seien, läßt sich nicht behaupten, da danach z. B. der Versuch einer Sachbeschädigung, nicht aber der einer (einfachen) Körperverletzung gestraft wird.

17) Wie dies u. A. nach dem preußischen und württ. Forstdiebstahlgesetze der Fall ist.

ist, wie dieß theils an verschiedenen Stellen des St.G.B., theils in strafrechtlichen Nebengesetzen der Fall ist[18]), eine Regelung, welche sich jedoch nur hinsichtlich der darin liegenden Gleichstellung des nichtbeendigten Versuchs mit dem vollendeten Delicte als singulär darstellt, wogegen die Gleichstellung des beendigten Versuches mit dem vollendeten Delict (siehe unten) sich nur als eine Rückkehr zu dem nach allgemeinen Grundsätzen Richtigen darstellt. Dabei wird übrigens der Begriff des Unternehmens im geltenden Recht (§. 82) so definirt, daß dadurch (vgl. unten) nicht das ganze Gebiet des Versuches, sondern nur die unmittelbar auf die Vollendung gerichteten Handlungen umfaßt werden[19]), eine Bestimmung, welche zunächst für den Hochverrath gegeben ist, zugleich aber auch auf die übrigen Fälle, in denen das Unternehmen unter Strafe gestellt ist, zu beziehen ist[20]). In einzelnen Fällen (§§. 159, 357) wird übrigens unter „Unternehmen" nur das versuchte Delict, mit Ausschluß des (besonders bedrohten) vollendeten Delictes verstanden.

5) Fragt es sich aber, ob der Versuch bei allen Delictsarten, bzw. bei allen Arten der Verübung eines Delictes vorkommen könne, so ist ein Versuch für ausgeschlossen erklärt worden

a) bei allen Delictsarten, die nicht in der Herbeiführung eines bestimmten Erfolges, werden in der Vornahme einer Handlung als solcher bestehen[21]), eine Ansicht, welche aber schon durch das oben (Seite 247) Gesagte widerlegt wird;

b) bei solchen Handlungen, die schon in ihrem Beginne

18) Vom St.G.B. vergleiche hauptsächlich §. 81 (Hochverrath) und §. 159 (Verleitung zum Meineid), außerdem §§. 102, 114, 122 Abs. 1, 357; von Nebengesetzen die Zoll- und Steuerdelicte, besonders Vereinszollgesetz §§. 134, 135.

19) Anderer Meinung Berner und Rüdorff-Stenglein, welche das ganze Gebiet des Versuches, sowie Schwarze, v. Liszt, Voigt (Goltd. Archiv 1880 S. 233 f.), welche sogar Vorbereitungshandlungen als mitumfaßt ansehen. Richtig Reichsgericht III 11. Oct. 1883.

20) Anderer Meinung v. Liszt S. 187 Anm. 6; Geyer, Zeitschr. 1882 S. 312; Reichsgericht II 9. November 1880; I. 4. December 1884.

21) Vgl. Schwarze, v. H. Handbuch II S. 286.

das volle Wesen derselben enthalten[22]), wie dies anscheinend z. B. bei der Beleidigung, der Widersetzung, der Verbreitung (z. B. von Druckschriften) der Fall ist[23]). Genau genommen ist dies aber bei keiner Handlung der Fall; vielmehr sind stets Veranstaltungen denkbar[24]), welche einen Anfang der Ausführung enthalten, ohne schon als vollendete Beleidigung u.s.w. zu erscheinen. Doch ist die Frage insofern unpractisch, als die Strafbarkeit des Versuchs in diesen Fällen der Regel nach mit Rücksicht auf die Schwere des betreffenden Straffalls nicht in Betracht kommt;

c) bei Unterlassungsdelicten, sei es daß dabei nur an die eigentlichen Unterlassungsdelicte oder auch an die Verübung von Begehungsdelicten durch Unterlassung gedacht wird[25]). Doch ist selbst bei den eigentlichen Unterlassungsdelicten die Möglichkeit eines Versuches gegeben, nämlich dann, wenn der Thäter sich in die Lage versetzt, die betreffende Handlung nicht mehr vornehmen zu können. Nur kann dieser Versuch nicht als solcher zur Bestrafung gelangen, da die betreffende Thätigkeit entweder noch vorgenommen wurde und dann das Delict überhaupt nicht vorliegt, oder dies nicht der Fall ist und dann das Delict als vollendetes erscheint[26]). Ganz abgesehen davon, daß bei den eigentlichen Unterlassungen in der Regel ihrer Schwere nach die Frage nach der Strafbarkeit des Versuches hinwegfällt;

d) bei denjenigen Delicten, welche der Sache nach eine

22) Hälschner, d Strafrecht I S. 355; v. Liszt, Preßrecht S. 147 f., 152 Preßstrafrecht (Rechtslexicon); v. Buri, Beilageheft 1885 S. 132.

23) v. Liszt, Lehrbuch S 184 fügt noch zu rasches Fahren, Rauchen an feuergefährlichen Orten, Betreten eines fremden Grundstückes und Aehnliches hinzu.

24) Sollte auch diese Möglichkeit auf die Bestimmung eines Unzurechnungsfähigen zu einer solchen Thätigkeit beschränkt sein.

25) Nur die Möglichkeit eines fehlgeschlagenen, bezw. beendigten Versuchs nehmen an v Liszt, Lehrbuch S. 183; v. Buri, Beilageheft 1885 S. 138 f.

26) Anders Schütze, Lehrbuch S 108; Olshausen, N. 27 zu §. 43; Hrehorowicz, Grundbegriffe S. 311, Binding, Grundriß 143 f., mit Rücksicht darauf, daß der Thäter nachträglich noch unabsichtlich

Versuchs-, bezw. Vorbereitungshandlung enthalten[27]), vom Gesetze aber unter eine besondere Strafbestimmung gestellt sind[28]). Richtiger aber wird die Folgerung jener besonderen Behandlung auch in diesem Falle gezogen;

e) in denjenigen Fällen, in welchen (vgl. oben) das Unternehmen als solches unter Strafe gestellt ist[29]). Da jedoch gesetzlich (St.G.B. §. 82) das Unternehmen in engerer Weise definirt ist, als dieß vom allgemeinen Standpunct aus richtig sein würde[30]), so ist auch hier die Möglichkeit eines Versuches, also insbesondere eines Versuchs des Hochverraths, eines Versuchs der Verleitung zum Meineid, zu bejahen;

f) in denjenigen Fällen, in welchen die Strafbarkeit von einer ausserhalb der Handlung liegenden Bedingung (wie z. B. die Strafbarkeit des Bankerottes von der erfolgten Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung) abhängig gemacht ist, wenigstens wenn diese Bedingung zur Zeit der Handlung noch nicht erfüllt war[31]) oder inzwischen überhaupt nicht erfüllt ist[32]); doch ist ein Versuch des Bankerottes auch dann möglich, wenn der Schuldner die betreffenden Handlungen im Hin-

(etwa gezwungen) die betreffende Handlung vorgenommen haben könne, wobei aber Binding dennoch Straflosigkeit annimmt, und zwar nach Analogie des freiwilligen Rücktritts (?).

27) Nicht gehört hierhin St.G.B. §. 80, in welchem nur der Versuch einer bestimmten Delictsart in einem besonderen Falle unter besondere Strafe gestellt ist.

28) Zachariae, Goltd. Archiv 1855 S. 172, 1857 S. 580 ff.; Wächter, Vorlesungen S. 250; v. Liszt, Lehrb. S. 184. — Richtig Olshausen Note 28 zu §. 43; Cohn, Versuch S. 383; v. Buri, Beilageheft 1885 S. 136.

29) Knitschky, Hochverrath S. 162; Oppenhoff, Rüdorff-Stenglein zu §. 82; v. Liszt, falsche Aussage S. 175 ff., Lehrbuch S. 187; Voigt, Goltd. Archiv 1880 S. 222 ff. — Richtig John, v. H. Handb. III S. 23; Schütze, Lehrb. S. 235, Goltd. Archiv 1873 S. 160; Olshausen zu §. 82; Cohn, Versuch S. 383.

30) Voraussetzung dieser Auffassung ist allerdings, daß das Wort Ausführung in §. 82 im Sinne von Vollendung verstanden wird, was der Definition des Versuchs widerspricht, in der That aber geboten erscheint.

31) So Olshausen, Nr. 5 zu §. 43.

32) So von Liszt, Lehrbuch S. 183.

blick auf eine bevorstehende Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung verübt hat. — Richtig ist allein

g) dass der Versuch derjenigen Delicte, bezw. Unterarten eines Delictes ausgeschlossen ist, bei welchen die Strafbarkeit, bzw. höheren Strafbarkeit von einem der subjectiven Verschuldung entzogenen Erfolge abhängig gemacht ist[33]).

Ueber den Versuch der Theilnahme ist, ebenso wie über Theilnahme am Versuch, erst in der Lehre von der Theilnahme zu handeln.

§. 32 (35—39).

Der Versuch im Einzelnen.

1) Was zunächst die subjective Seite des Versuches betrifft, so wird zum „Versuch" natürlich Vorsatz erfordert, womit freilich nicht gesagt ist, daß nicht das Analogon des Versuches auf dem Gebiete der Fahrlässigkeit bestraft werden sollte[1]). Was aber den Vorsatz selbst betrifft, so genügt der Vorsatz der betreffenden Delictsart, ohne daß der Thäter sich zugleich der Eigenschaft seiner Handlung als eines „Verbrechens", bezw. „Vergehens" bewußt zu sein braucht. Nicht nöthig ist ferner, daß der Vorsatz ein überlegter sei; vielmehr ist ein Versuch auch mit unüberlegtem Vorsatze möglich, wie dieß insbesondere beim Todtschlag der Fall ist[2]). Ebenso ein Versuch mit unbestimmtem Vorsatz[3]), was eben-

33) Vgl. besonders die §§. 224 u. 226; bei denen jedoch in Betracht kommt, daß für den Fall der versuchten Herbeiführung der betreffenden Folgen theils die besondere Vorschrift des §. 225, theils die Strafbestimmungen gegen vorsätzliche Tödtung (§§ 211, 212) zutreffen.

1) Vgl oben Seite 247. Nur dieß konnte gemeint sein, wenn von älteren Schriftstellern wohl die Strafbarkeit auch der culpa attentata befürwortet wurde. Vgl. Hepp, Versuche S. 256 ff.; Zerbst, Archiv 1856 S. 214 ff.

2) Besonders deutlich ist dies hinsichtlich des beendigten Versuches, kann aber auch hinsichtlich des nicht beendigten Versuches nicht verkannt werden.

3) Anderer Meinung Herrmann, Archiv 1856 S. 30 ff.; Wächter, Vorlesungen S. 209; Hagemann, Goltd. Archiv 1884 S. 247 (mit Beziehung auf den eventuellen); Cohn, Versuch S. 476 (mit Be-

sowohl auf den generellen, wie auf den eventuellen und auf den alternativen Vorsatz[4]), und ebensowohl auf den Fall, daß die Handlung schon ein anderes Delict enthält als daß dieß nicht der Fall ist, Bezug hat. Dabei ist jedesmal der schwerste der in Rede stehenden Erfolge, immer aber, und zwar auch bei dem alternativen Vorsatz nur einer dieser Erfolge (da doch nur einer beabsichtigt wurde) zu Grunde zu legen. — Stets aber muß es sich um einen fertig gewordenen Vorsatz, um den wirklichen Willen der Verübung handeln, d. h. es muß der Entschluß der Verübung, insbesondere der Herbeiführung des betreffenden Erfolges vorliegen. Danach ist nicht ausgeschlossen, daß objectiv ein Anfang der Ausführung vorliegt, dieser aber noch nicht als strafbar erscheint, weil er noch nicht mit dem wirklichen Vorsatze der Begehung verübt wurde.

2) In objectiver Beziehung[5]) aber sind zum Versuche nicht irgend welche auf die Begehung des Delictes gerichteten Handlungen genügend: vielmehr werden solche Handlungen erfordert, welche einen Anfang der Ausführung, und zwar des betreffenden Delictes enthalten. So der richtigen Ansicht nach schon von der Carolina, die in Uebereinstimmung mit der vorangegangenen Lehre eine „unterstandene Missethat" sowie „scheinliche Werke, welche zur Vollbringung dienstlich sein mögen" verlangte und in diesem Sinne auch von Näherstehenden aufgefaßt wurde[6]). Und ebenso, und zwar mit größerer Bestimmtheit, die neueren Gesetze, von denen[7]) in

ziehung auf den eventuellen und generellen Vorsatz). — Richtig die Meisten; auch Reichsgericht II und III 15—22 December 1884.

4) Natürlich nicht auf den (fingirten) dolus indirectus, dem zwar keine sachliche Bedeutung zukommt, den aber das österr. Strafrecht verwendet; vgl. Janka S. 128f.

5) Chop, die Grenze von Vorbereitung und Versuch Leipzig 1861; (Rethwisch, Anfangspunkt der Strafbarkeit Jena 1879).

6) Vgl. die Umschreibung durch Remus: „non extrinsecis tantum et remotis factis, ut apparatu telorum, veneno malo praeparato, sed proximis, quae ad perfectionem criminis pertingunt" (Berner S. 178).

7) Und zwar von Württemberg 1839 an, wogegen vom preußischen Landrecht, Bayern 1813 und Sachsen 1838 zum Versuche auch die Vorbereitungshandlungen gezählt werden. Der Code pénal ent-

Uebereinstimmung mit dem Code pénal ausdrücklich ein „Anfang der Ausführung“ verlangt wurde, was auch nach dem geltenden Rechte der Fall ist. Auszusondern sind aber die bloßen Vorbereitungshandlungen [8]), d. h. diejenigen Handlungen, durch welche der Thäter erst sich selbst zu den vorhandenen Umständen, bzw. diese Umstände zu sich selbst in dasjenige Verhältniß setzt, welches die Begehung des Delictes ermöglicht oder erleichtert, und wobei es also insbesondere auf die Herbeischaffung und die Zubereitung der zu benutzenden Mittel oder Werkzeuge, außerdem aber auch auf die Ausforschung der passenden Gelegenheit sowie auf Handlungen, welche die Entdeckung zu verhindern, bzw. die Vortheile der That zu sichern bestimmt sind, ankommt. Sehr mit Unrecht sind diese Handlungen von Manchen gemeinrechtlich zum Versuche selbst hinzugezählt und als entfernter Versuch (conatus proximus) hingestellt worden [9]). Andererseits versteht es sich keineswegs von selbst, daß nicht auch Vorbereitungshandlungen gestraft werden könnten [10]), wie dieß theils schon nach früheren Gesetzen, theils nach dem geltenden Rechte in gewissem Umfange der Fall ist. Letzteres in der Art, a) daß bestimmte Vorbereitungshandlungen bei der einzelnen Delictsart unter Strafe gestellt sind [11]); b) daß be-

lehnte sein „commencement d'éxécution“ einem Gesetze von 1796. Allgemein wird ein Anfang der Ausführung auch in den sonstigen Gesetzen und Entwürfen des Auslandes erfordert.

8) Anderer Meinung Köstlin, System S. 233 f, Geyer, Erörterungen S. 77, v. H. Encycl. S. 894, Grundriß S. 131; v. Buri, Abhandlungen 1862 S. 55, Goltd. Archiv 1877 S. 266, Gerichtssaal 1876 S. 183, Beilageheft 1885 S. 114; v. Liszt S. 185, welche den grundsätzlichen Unterschied zwischen Versuchs- und Vorbereitungshandlungen in Abrede stellen.

9) So von Jarcke, Rosshirt, Hepp, Köstlin u. Anderen. Vgl. auch das in Anm. 7 Gesagte.

10) Anderer Meinung u. A. Berner, Lehrbuch S. 177, der die Vorbereitungshandlungen für grundsätzlich strafbar erklärt.

11) So beim Hochverrath (§§ 83—85), bei den Münzdelicten (§. 151) und beim Zweikampf (§. 201). Weitergehend Württemberg 1839, von welchem nach Vorbild des römischen Rechts auch gewisse Vorbereitungshandlungen zur Tödtung (Auflauern in tödtlicher Absicht, Anschaffung und Zubereitung von Gift) unter Strafe gestellt waren.

stimmte Vorbereitungshandlungen zu irgendwelchen Delictsarten mit Strafe bedroht sind[12]); c) daß bei einzelnen Delictsarten die Vorbereitungshandlungen allgemein (als solche) für strafbar erklärt sind[13]); endlich d) daß eine Anzahl von Handlungen als solche unter Strafe gestellt sind, welche nicht nothwendig, wohl aber der Regel nach zur Vorbereitung von Delicten verübt werden und deswegen ein für allemal unter Strafe gestellt sind[14]). — Fragt es sich aber endlich, wie Vorbereitungshandlungen und Ausführungshandlungen sich von einander unterscheiden[15]), so kann in dieser Beziehung nicht maßgebend sein,

a) ob der betreffende Vorsatz mit hinreichender Deutlichkeit aus der Handlung hervorgeht[16]); denn einestheils kann auch aus einer bloßen Vorbereitungshandlung der rechtswidrige Vorsatz klar erkennbar sein, und andererseits kann es sehr unverfängliche Versuchshandlungen geben;

b) ob durch die betreffende Handlung die Ausführung nur ermöglicht wird oder die Handlung sich schon als ein

12) Vgl. St.G.G. §. 49ª, in welchem neben der Aufforderung zu Verbrechen (siehe die Lehre von der Theilnahme) auch die Annahme der Aufforderung sowie das Sicherbieten zu einem Verbrechen bedroht ist.

13) Nach geltendem Recht nur beim Hochverrath (§. 86), und zwar in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht; vgl. l. 5 Cod. ad legem Juliam majestatis 8, 9.

14) Hauptsächlich Uebertretungen (§§. 360 Nr. 1 ff., 369 Nr. 1, 2), aber auch einzelne Vergehen (§. 127).

15) Jeden festen Unterschied stellt in Abrede außer den oben (Anm. 8) Genannten Berner (S. 179), der hervorhebt, daß es in der Natur der Anfänge liegt, sich dem Auge des Beobachters zu entziehen (?). Vgl. noch besonders v. Liszt S. 186, nach welchem der Begriff eines Anfanges der Ausführung „jeder juristischen Faßung spottet".

16) Hälschner, preuß. Strafr I S. 182 f., deutsches Strafrecht I S. 336, 342, John, Entwurf S. 217; Häberlein, Gerichtssaal 1872 S. 289 ff. Vgl. auch die oben (Anm. 8) genannten Geyer und v. Buri, von denen Jener diejenigen Vorbereitungshandlungen strafen will, aus denen mit einiger Sicherheit der Vorsatz erkennbar ist, Dieser diejenigen Vorbereitungshandlungen, die schon mit dem festen Entschluß der Begehung des Delictes verübt wurden.

Theil der Ausführung darstellt[17]); denn es fragt sich eben, was unter Ausführung zu verstehen ist;

c) ob der betreffende Erfolg unmittelbar oder nur mittelbar durch die betreffende Handlung herbeigeführt werden sollte[18]); denn auch der Anfang der Ausführung kann sehr weit von der Herbeiführung des Erfolges entfernt sein;

d) ob zwischen der Handlung und der Vollendung ein continuirlicher Zusammenhang stattfinden sollte[19]); denn der Begriff des Versuchs wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die weitestgehenden Unterbrechungen der Ausführung stattfinden, bzw. in Aussicht genommen werden;

e) ob die Handlung sich schon als ein Angriff auf das betreffende Rechtsgut darstellt[20]); denn nicht jedes Delict wird in der Form eines Angriffs verübt. Nicht ausreichend ist endlich auch

f) ob die betreffende Handlung sich als ein Theil der vom Gesetze unter Strafe gestellten Thätigkeit darstellt[21]); denn in vielen Fällen ist es eben nicht ein bestimmtes Thun, sondern die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges, welche unter Strafe gestellt ist, und wenn es zwar richtig ist, daß auch im letzteren Falle mittelbar eine bestimmte Art der Thätigkeit unter Strafe gestellt ist, so genügt es doch nicht, in letzterer Beziehung allein auf die Besonderheit der betreffenden Delictsart zu verweisen. Vielmehr handelt es sich um einen allgemeinen Gesichtspunct, nach welchem auch bei der betreffen-

17) Mittermaier Gerichtssaal 1859 S. 197 ff.

18) Berner, Grundsätze des preußischen Strafrechts S. 7 ff.; Merkel, Encyclopädie S. 321; Wahlberg, Schriften III S. 253; v. Liszt, Lehrbuch S. 186

19) v. Bar, Versuch und Theilnahme S. 28 f.; Wächter, Vorlesungen S. 207; Rubo Nr. 7 zu §. 43.

20) Merkel, Zeitschrift 1881 S. 579; Janka, österr. Strafrecht S. 138 f.

21) Zachariä, Versuch I S. 203, Goltd. Archiv 1855 S. 579 f.; Chop, Vorbereitung und Versuch 1881 (der damit jedoch den unter c genannten Gesichtspunct verbindet); Geyer; Erörterungen S. 72 ff.; Olshausen, Nr. 14 zu §. 43; Waag, Gerichtssaal 1880 S. 111 ff.; endlich auch unsere früheren Auflagen. Ebenso Reichsgericht I 2. Oct. 1882, III 15. Oct. 1883, IV 21. Oct. 1884.

den Delictsart zu erkennen ist, ob man es mit einem Anfang der Ausführung oder mit einer bloßen Vorbereitung zu thun hat. Dieser allgemeine Gesichtspunct aber liegt, was bisher verkannt zu sein scheint, darin,

g) daß als Vorbereitungshandlungen diejenigen anzusehen sind, welche nur als Bedingungen des Erfolges in seiner concreten Gestalt erscheinen, als Ausführungshandlungen dagegen diejenigen, welche, ihrerseits in allgemeiner (abstracter) Bedeutung genommen, sich als Bedingungen des Erfolges in dessen allgemeiner (abstracter, für die betreffende Delictsart wesentlicher) Bedeutung darstellen. Nur Vorbereitungshandlungen (für Tödtung oder Körperverletzung) sind danach das Sichhinbegeben an den Ort der That, das Auflauern in Verletzungsabsicht, die Zubereitung des Giftes[22]; denn beide Delicte können auch ohne Hinbegeben, ohne Auflauern, ohne Giftbereitung vollbracht werden[23]. Ausführungshandlungen dagegen sind das Anpacken des zu Tödtenden, das Zugreifen nach der zu stehlenden Sache, das Vorbringen der auf Täuschung beruhenden Thatsachen; denn ohne einen (irgendwie gestalteten) Angriff auf die Person ist eine Tödtung, ohne Besitzergreifung von der Sache ist ein Diebstahl, ohne Täuschung ist der Betrug nicht möglich. Die Entscheidung im Einzelnen ist freilich nur mit Rücksicht auf den Begriff der besonderen Delictsart zu finden[24]. Erleichtert ist die Entscheidung bei den sog. zusammengesetzten Delicten, wie Raub, Nothzucht und Urkundenfälschung, die aus mehreren verschiedenartigen Handlungen bestehen, von denen schon die erste geeignet ist einen Anfang der Ausführung zu bilden[25]. Ebenso bei denjenigen qualifi-

22) Ausdrücklich (vgl. Anm. 16) erklärt schon dieses für strafbar v. Buri, Zeitschrift für Strafr.w. 1882 S. 245, Beilageheft zum Gerichtssaal 1885 S. 123.

23) Bedenklich hiernach Reichsgericht III 20. November 1880, III 10. Nov. 1884.

24) Siehe deswegen den Besonderen Theil; insbesondere auch über den Versuch des Diebstahls und die darüber ergangenen reichsgerichtlichen Entscheidungen.

25) Vgl. Schwarze, sächs. Gerichtszeitung 1881 S. 22 ff.; John,

cirten Delicten, bei denen der erschwerende Umstand in einer Handlung des Thäters besteht und der das Delict selbst bildenden Thätigkeit vorausgeht[26]).

3) Dabei erhebt sich noch eine besondere, nämlich die Tauglichkeit, bzw. Untauglichkeit, der Versuchshandlung betreffende Frage[27]). Daß nämlich der Versuch nicht zur Vollendung gediehen ist, kann (abgesehen vom freiwilligen Rücktritt) daran liegen, daß ein äußeres Hinderniß sich der Vollendung entgegenstellte, oder auch daran, daß der That von vorn herein die Bedingungen der Vollendung fehlten, sei es, daß ein ungeeignetes Mittel gewählt wurde, oder daß es an einem geeigneten Objecte fehlte oder daß eine sonstige wesentliche Voraussetzung für die Begehung des Delictes (z. B. das Vorhandensein einer bestehenden Ehe für den Thatbestand der Bigamie) nicht erfüllt war[28]). In dieser Beziehung ist es nun unbestritten, daß der Strafbarkeit des Versuchs nicht entgegensteht, wenn das gewählte Mittel nur unzu-

Zeitschr. für Strafr.wiss. 1884 S. 74; Reichsgericht I 2. Oct. 1882. Mit Recht wird in der letzteren Entscheidung abgelehnt, daß mit jeder der verschiedenartigen Handlungen begonnen sein müsse.

26) Vgl. allerdings v. Buri, Beilageheft 1885 S. 126; Rubo Kommentar S. 406.

27) Vgl. Abhandlungen im Gerichtssaal von Mittermaier (1859), Haeberlin (1864), Rubo (1865) Geyer (1866), v. Buri (1867, 1868, 1876), Scherer (1877), Zimmermann (1877, 1881); in Goltd. Arch. von Cohn (1880), Hagemann (1884); in der Zeitschrift für Strafr.w. von Geyer (1881). Außerdem Stiegele, taugl. und untauglicher Versuch Stuttgart 1861; Hertz, Versuch mit untauglichen Mitteln Hamburg 1874; Lammasch, das Moment objectiver Gefährlichkeit im Begriffe des Versuchs Wien 1878; Goldfeld, Versuch mit untaugl. Mitteln und an untauglichen Objecten Berlin 1882.

28) Daß neben der Untauglichkeit des Mittels nicht noch von einer Untauglichkeit des Objectes und der Voraussetzungen die Rede sein könne (Hälschner, v. Buri), ist unrichtig, sofern nicht auf den abstracten, sondern auf den concreten Thatbestand gesehen wird. Keine Untauglichkeit des Objectes liegt vor, wenn das Object sich nur nicht an Ort und Stelle befindet, wobei hinsichtlich des Diebstahls noch in Betracht kommt, daß als Object desselben das fremde Eigenthum als solches in Betracht kommt, sofern nicht die Absicht des Thäters darauf gerichtet ist, eine bestimmte Sache zu stehlen.

reichend war oder ein zureichendes Mittel in nicht richtiger Weise angewandt wurde, — Fall der nur relativen Untauglichkeit des Mittels. Zweifelhaft kann nur sein, wenn es sich um ein völlig oder absolut untaugliches Mittel handelt oder wenn ein geeignetes Object oder eine wesentliche Voraussetzung im obigen Sinne gefehlt hat[29]). Aber auch für diese Fälle sollte nicht verkannt werden, daß auch in ihnen die That geeignet ist, den strafbaren Willen genügend zum Ausdruck zu bringen[30]), und daß es also nur eine positive Einschränkung ist[31]) wenn diese Fälle im Gesetze ausdrücklich für strafbar erklärt sind oder im Sinne des Gesetzes nicht als strafbar angesehen werden können. Letzteres aber muß in der That als das Richtige erscheinen[32]), da das Gesetz auch auf ande-

29) Daß zwischen absoluter und relativer Untauglichkeit überhaupt nicht unterschieden werden könne (Köstlin, Hälschner, v. Schwarze, v. Buri, Hertz, Cohn und Andere), ist nicht richtig, da es auf die concrete Verübungsart ankommt und man z. B mit einem Stück Zucker oder einem ungeladenen Gewehr allerdings Jemanden tödten, aber nicht vergiften oder erschießen kann. Gift dagegen ist auch in unzureichender Menge ein nur relativ untaugliches Mittel, was oft verkannt wird (auch von Olshausen Nr. 24 zu §. 43).

30) Unrichtig also sind die oft gehörten Wendungen, als handle es sich in diesen Fällen um einen bloß inneren Vorgang (nuda cogitatio); oder als liege in ihnen kein Anfang der Ausführung vor (Zachariae, Berner, Zimmermann); oder als werde zum Versuch stets eine objective Gefährlichkeit erfordert, die hier nicht vorhanden sei (Feuerbach); oder als müsse beim Versuch die Handlung den Character äußerer Gesetzwidrigkeit tragen, der hier fehle; oder als werde zum Versuch eine andere Verwirklichung der Absicht erfordert, als hier vorliege (Geyer). Insbesondere ist es widerspruchsvoll, wenn der Satz noch immer wiederholt wird (so von Berner), daß Dasjenige, dessen Vollendung unmöglich sei, auch nicht angefangen werden könne.

31) Vgl. 3. Aufl. S. 218 f., ferner H. Meyer, Gerichtssaal 1881 S. 125 Vgl nunmehr auch v. Liszt, Zeitschrift 1881 S 105 f., 1882 S. 380, 624; Lammasch, Zeitschr. von Grünhut 1882 S. 273 f.; Goldfeld, Versuch mit untaugl. Mittel S. 17, 38.

32) Anderer Meinung Hälschner, Wächter, v. Schwarze, v. Buri, Hertz, Janka sowie, in Uebereinstimmung mit dem früheren württemb. und dem früheren sächsichen höchsten Gerichtshof, das Reichsgericht: Plenarentscheidung vom 24. Mai 1880 (auch I 10. Juni 1880, III 7. Juni 1882, III 10. Juni 1882, III 7. Juli 1884, III

ren Punkten der Versuchslehre dem Grundgedanken des Versuchs nicht völlig entspricht, sondern Beschränkungen aufstellt, deren Analogie auf die vorliegende Frage zurückwirkt. So, wenn der Versuch nur bei den Verbrechen regelmäßiger Weise gestraft wird; wenn auch der zufällig erfolglose Versuch stets geringer als das vollendete Delict gestraft werden soll; wenn das Gesetz dem freiwilligen Rücktritt strafausschließende Wirkung beilegt[33]). Demgegenüber ist nicht wahrscheinlich, daß das Gesetz den Versuch, Jemanden mit einem thatsächlich völlig unschädlichen Mittel zu tödten, oder den Versuch, eine gar nicht existirende Person zu tödten, oder den Versuch der Doppelehe bei gar nicht bestehender erster Ehe als Versuch bestraft wissen wolle. Erst von einer künftigen Rechtsentwicklung, die auch in jenen Puncten der Strenge des Principes genügte, könnte dergleichen als selbstverständlich angenommen werden, wogegen für das geltende Recht die Strafbarkeit dieser Fälle eine ausdrückliche Vorschrift voraussetzen würde, wie eine solche aber in der That de lege ferenda (mit geringerem Minimum und Maximum der Strafe) nur befürwortet werden könnte[34]). — Was das frühere Recht betrifft, so war schon im römischen Recht[35]) Streit, indem Neratius und Pomponius sich für, Ulpian und Paulus gegen die Strafbarkeit dieser Fälle erklärten. Als zweifelhaft galt die Frage auch

23. April 1885). — Gegen die Strafbarkeit nach dem geltenden Recht Berner, Schütze, Geyer, Oppenhoff, Olshausen, Binding, Hrehorowicz, Lammasch sowie der frühere preußische und der bayerische Gerichtshof. Ebenso v. Liszt (jedoch nur für den Fall einer thatsächlich völlig ausgeschlossenen Gefahr) Daß in den Motiven die Entscheidung der Wissenschaft überlassen ist, kann nicht bedeuten, daß die Frage im rein principiellen Sinne entschieden werden müsse, wie allerdings das Reichsgericht annimmt.

33) Fast noch schlagender sind freilich die Analogieen aus anderen Theilen des strafrechtlichen Gebietes, so vor Allem aus der Lehre von der Theilnahme, hinsichtlich deren das Gesetz ebenso weit davon entfernt ist, der Strenge des Principes zu genügen.

34) Aehnliche Vorschläge bei Seeger, Gold. Archiv 1870 S 240; Cohn, Versuch S. 435 f.; Schütze, Gerichtssaal 1883 S. 110; Goldfeld S. 41.

35) Pernice, Labeo II S. 44 ff; Seeger, Versuch nach römischem Recht S. 13 ff.

im früheren gemeinen Recht, da der Wortlaut der Carolina (vgl. oben) keinen bestimmten Anhalt der Entscheidung darbot[36]). Ausdrückliche Vorschriften trafen die neueren Gesetzgebungen, von denen die meisten[37]) übrigens diese Fälle für strafbar, wenn auch für geringer strafbar als die sonstigen Fälle des Versuches erklärten. Keine Bestimmung war im preußischen St.G.B. getroffen, auf Grund dessen jedoch die Strafbarkeit dieser Fälle überwiegend verneint wurde. Ueberwiegend ablehnend verhält sich auch das ausländische Recht[38]). — Augenscheinlich haben wir es mit einer von der geschichtlichen Entwicklung des Strafrechts abhängigen Frage zu thun. Schon jetzt aber könnte man geneigt sein, zwischen dem Versuch mit absolut untauglichen Mitteln auf der einen Seite und dem Versuch am absolut untauglichen Object sowie beim Mangel wesentlicher Voraussetzungen auf der anderen Seite zu unterscheiden und im Sinne des geltenden Rechtes jenen für strafbar, diesen für straflos zu erklären[39]). Doch fehlt es an einem Anhaltspunkt hiefür im Gesetze. Ebenso dafür, den Irrthum über die Identität des Mittels und den Irrthum über die Wirksamkeit des Mittels verschieden zu beurtheilen und nur im letzteren, nicht auch im ersteren Falle den Versuch für strafbar erklären[40]). Völlig irrig aber ist es,

36) Für die Strafbarkeit nach gemeinem Recht Wächter, Luden, Bauer, Pfotenhaur, Köstlin, Krug, Seeger und Andere; gegen dieselbe Feuerbach, Heffter, Geib, Zachariae, Berner und Andere.

37) So Württemberg 1839, Hannover 1840, Braunschweig 1840, Baden 1845, Thüringen 1850, Sachsen 1838 sowie 1855 und 1868, wobei Sachsen noch bestimmte, daß im Falle des beendigten Versuchs nur die Strafe des nicht beendigten Versuches verhängt werden solle.

38) So die österreichische sowie die französische und englische Praxis; eine ausdrückliche, die Strafbarkeit verneinende Bestimmung enthält der englische Entwurf von 1878. — Für Oesterreich sucht freilich Janka nachzuweisen, daß dasselbe im Sinne der subjectiven Theorie zu verstehen sei.

39) So, vom Standpunct des früheren Rechts, v. Bar, Versuch und Theilnahme S. 8 ff. Vgl. Hagemann, Goltdammers Archiv 1884 S. 221 ff.

40) So v. Bar, Versuch und Theilnahme S. 16 ff.; Hälschner, preuß. Strafr. I S. 189; Häberlin, Gerichtssaal 1864 S. 232.

daß ein abergläubisch gewähltes Mittel nicht mit dem erforderlichen Vorsatz angewandt werden könne [41]). Zuzugeben ist nur, daß kein wahrer Wille vorliegt, wenn der Thäter den Eintritt des Erfolges einer höheren Macht anheimstellt; abgesehen hievon aber ist nicht einzusehen, warum das Vorhandensein des Vorsatzes von der objectiven Tauglichkeit des Mittels statt von der subjectiven Annahme einer solchen abhängig sein solle.

4) Eine starke Besonderheit der Versuchshandlung ist ferner sowohl nach gemeinem Recht, wie nach den neueren Gesetzgebungen, daß dem freiwilligen Rücktritt [42]) strafausschließende Wirkung zukommt, sei es daß das Verhindertsein durch äußere Umstände zu einem Merkmal des Versuchs selber gemacht ist (positive Behandlung) oder der Rücktritt einen Strafausschießungsgrund bildet (negative Behandlung). Der Grund hierfür ist nicht, daß der strafrechtliche Wille nachträglich wiederaufgehoben oder aus der schon begangenen That zurückgezogen werden könne [43]), was ja unmöglich ist. Andererseits aber auch nicht ausschließlich die Rücksicht, daß dem Thäter ein Anreiz zum Rücktritt gegeben, ihm sozusagen

41) Anderer Meinung Wächter, Vorlesungen S. 215 f.; Leonhard, Kommentar zum hann. St.G.B. I S. 195 f.; v Bar, Versuch und Theilnahme S. 19; Seeger, Gold. Archiv 1870 S. 244; Lammasch, Gefährlichkeit S. 77 ff. — Richtig v. Buri, Zeitschrift 1881 S. 208 f.; Goldfeld S. 42 sowie das Reichsgericht in jener Entscheidung vom 24. Mai 1880, das sich mit Recht nicht scheut die Consequenz des einmal eingenommenen Standpunctes zu ziehen.

42) Abhandlungen im Gerichtssaal von Meves (1872), Häberlin (1872); v. Buri (1876); in Goltd. Archiv (Goltdammer) (1860), v. Tippelskirch, (1861), Herbst (1884). Berner, Gutachten für den Juristentag 1876. Der Name Rücktritt wird angefochten von Janka (österr. Strafr. S. 142), und in der That hat man sich zu vergegenwärtigen, daß nicht Rücktritt von dem schon Geschehenen, sondern von der weiteren Ausführung vorliegt.

43) So außer Zachariä, Köstlin, Hälschner (preuß. Strafrecht I S. 202) noch Berner, v. Buri (früher), Lammasch (Gefährlichkeit S. 69). Vgl. dagegen H. Meyer Gerichtss. 1881 S. 126; Osenbrüggen, Abhandlungen S. 38 („Thatsachen sind unerbittlich"); Hälschner, deutsches Strafr. I S. 361; v. Buri, Beilageheft 1885 S. 141.

eine goldene Brücke gebaut werden solle [44]). Der wahre Grund ist vielmehr, daß in diesem Falle das äußere Gewicht der That, insbesondere der Eindruck, den dieselbe zu machen geeignet ist, mehr oder weniger hinwegfällt [45]). Theilweise anerkannt schon im römischen Recht [46]), wurde gemeinrechtlich dies gestützt auf die Carolina, welche (Art. 178) zur Strafbarkeit des Versuches verlangte, daß der Thäter „durch andere Mittel, wider seinen willen verhindert" sein müsse. Ebenso in den neueren Gesetzgebungen, von denen allerdings einzelne [47]) nur Strafmilderung, die meisten aber Strafausschließung gewährten und nur in jener positiven oder negativen Behandlung von einander abwichen [48]). Ebenso das geltende Recht (§. 46), welches sich (wenn auch erst in Entwurf II) für die negative Behandlung entschied, eine Regelung, durch welche die Nothwendigkeit einer jedesmaligen Feststellung vermieden wird und die sich als ebenso gerechtfertigt darstellt, als dies mit der negativen Behandlung sonstiger für Schuld und Strafe bedeutsamer Umstände der Fall ist [49]).

Im Einzelnen aber ist zu unterscheiden, ob der Thäter

44) Alles Gewicht legen hierauf Osenbrüggen S. 38; v. Liszt, Reichsstrafrecht S. 143 (allgemeiner Lehrbuch S. 193). Mit Recht bemerkt Geyer, v. H. Encycl. S. 896, daß dieser Grund zweischneidig sei, indem dadurch der Thäter auch veranlaßt werden könne leichter zur Ausführung zu schreiten.

45) H. Meyer, Gerichtssaal 1881 S. 126. — Gegen die strafausschließende Wirkung des freiwilligen Rücktritts Schwarze, Goltd. Arch. 1854 S. 429; John, Entwurf S. 221 ff., Cohn, Versuch I S. 556; Geyer, v. H. Encycl. S 896; v. Buri, Beilageheft 1885 S. 141.

46) Vgl. Lex 19 pr. Dig. ad legem Corneliam de falsis 48, 10: „qui falsam monetam percusserint, si id totum formare noluerunt suffragio justae poenitentiae absolventur."

47) Sachsen 1838; noch anders das preußische Landrecht, (II, 20 §. 40), das nur einen „Anspruch auf Begnadigung" gewährte.

48) Letzere in den meisten Gesetzen, erstere, nach Vorgang des französischen Rechts, zugleich aber in Uebereinstimmung mit der Carolina, in Preußen 1851, Bayern 1861.

49) Vgl. das, was oben (Seite 184 f.) über die Zurechnungsfähigkeit gesagt wurde, sowie das, was unten über die Schuld- und Strafausschließungsgründe (zu denen auch der freiwillige Rücktritt gehört) zu sagen sein wird.

noch nicht bis zur Beendigung vorgeschritten war und die weitere Ausführung aufgab (§. 46 Nr. 1) oder ob vom Thäter, nach schon beendigter Ausführung, der Erfolg noch rechtzeitig abgewendet wurde (§. 46 Nr. 2), Fälle, von denen der zweite in den meisten Gesetzen noch nicht erwähnt war [50]) und auch erst in Entwurf II hinzufügt wurde. Nicht aber ist als Rücktritt anzusehen, wenn der Thäter die schon vollzogene Handlung nur nicht wiederholt hat [51]), es sei denn, daß die Ausführung von vorn herein auf eine mehrfache Verübung berechnet war. Was endlich das Moment der Freiwilligkeit betrifft, so würde, wenn dasselbe im Gesetze als solches genannt wäre, demselben dadurch nicht genügt sein [52]), daß der Thäter ungezwungen zurücktritt; andererseits aber wäre auch Reue über die That nicht zu erfordern [53]). Vielmehr wäre entscheidend, ob der Thäter überwiegend durch eigene Erwägung oder überwiegend durch den Eindruck äußerer Hindernisse zum Rücktritt bestimmt wurde. Aehnlich aber auch nach dem geltenden Recht, welches [54]) das Moment der Freiwilligkeit nicht als solches erwähnt, sondern durch die Aufstellung objectiver Voraussetzungen ersetzt hat [55]). Dies für den ersteren Fall dadurch, daß der Thäter nicht durch Umstände, die von seinem Willen unabhängig sind, verhindert sein darf, für den zweiten Fall dadurch, daß derselbe zu einer Zeit zurückgetreten sein muß, zu welcher die That noch nicht entdeckt war. Dabei hat als Hinderung nicht nur unmittelbare oder physische Hinderung zu gelten, sondern

50) Es fehlte in Hannover 1840, Hessen-Darmst. 1841, Baden 1845, Thüringen 1850, Preußen 1851, Sachsen 1838, 1855, 1868; doch neigte die Rechtsprechung dazu, ihn im Wege der Analogie zu ergänzen Siehe für Preußen Hälschner, preuß. Strafr. I S. 202.

51) Reichsgericht III 4. Juni 1881; Anders Hrehorowicz, Grundbegriffe S 275; Laas, Vierteljahrschrift für Philosophie 1881 S 487.

52) So Baden 1845, Thüringen 1850 und vom geltenden Recht der besondere Fall des §. 208.

53) Anders Hessen-D. 1841, auch Bayern 1813, in welchem aber neben der Reue auch Furcht vor Strafe für hinreichend erklärt wird.

54) Nach dem Vorgang von Württemberg 1839, Hessen-D. 1841, Sachsen 1855 u. 1868, Preußen 1851, Bayern 1861.

55) Gegen diese objective Regelung Berner, Gutachten 1876, Geyer, Z. von Grünhut 1775 S. 353.

auch dies, wenn der Eindruck äußerer Hindernisse den Thäter zum Rücktritt bestimmte, vorausgesetzt, daß ein wirkliches Hinderniß vorlag [56]). Was aber das Entdecktsein der That betrifft, so ist dasselbe objectiv gemeint, sodaß die Abwendung des Erfolges dem Thäter nichts nützt, wenn die That ohne Wissen des Thäters entdeckt war, wohl aber nützt, wenn derselbe irrigerweise die That für entdeckt hielt Dabei ist nur von der That selbst, und zwar in ihren wesentlichen Erscheinungen, nicht auch von der Person des Thäters die Rede. Entdeckt aber ist die That, sobald dieselbe zur Kenntniß einer nicht im Einverständniß mit dem Thäter befindlichen Person gelangt ist. Daß die Abwendung des Erfolges „durch eigene Thätigkeit" erfolgt sein muß, schließt nicht aus, daß er sich dabei der Mitwirkung anderer Personen bedient hat. Ob endlich ein Aufschieben genügt, richtet sich danach, ob das schon Vollzogene später weitergeführt oder die That völlig von Neuem begangen werden soll. — Nach der singulären Natur dieses Strafausschließungsgrundes ist derselbe nicht auszudehnen auf die Fälle, in denen das Gesetz eine Versuchs- oder Vorbereitungshandlung als delictum sui generis behandelt [57]), und ebensowenig auf diejenigen Fälle, in welchen das Unternehmen als solches unter Strafe gestellt ist [58]). Wohl aber leidet derselbe Anwendung auf den Fall, wenn (wie beim Hochverrath, §. 86)

56) Ein solches ist auch darin zu erblicken, wenn (bei einer Abtreibung) das einzunehmende Mittel zu abschreckend war (Reichsgericht III 7. Juni 82). Ob auch darin, wenn der Gegenstand sich als zu geringfügig darstellte, ist bestritten (vgl. Olshausen Nr. 14 zu §. 46), wird aber richtiger verneint. Anders bei gänzlicher Abwesenheit derselben.

57) Anderer Ansicht die Meisten; richtig Oppenhoff, Olshausen, v. Buri (Beilageheft 1885 S. 137). Vgl. aber die besondere Vorschrift des §. 204. Wohl aber findet der Rücktritt Anwendung auf den Fall des § 80.

58) Anderer Ansicht die Meisten; richtig Oppenhoff, Olshausen, Reichsgericht II 29. April 1884. — Noch weniger natürlich auf sonstige vollendete Delicte, etwa auf diejenigen, die in der Vornahme je einer Handlung zu einem bestimmten Zwecke bestehen (Binding, Grundriß S. 119). Vgl. allerdings die besonderen Vorschriften in §§. 163, 204 und 310 und darüber unten in der Lehre von der Strafanwendung.

Vorbereitungshandlungen als solche (generell) unter Strafe gestellt sind, da es widersinnig sein würde, dem, was im schwereren Falle (beim Versuch) anerkannt ist, im geringeren Falle (bei den Vorbereitungshandlungen) die Wirkung zu versagen. — Ueber die Frage, ob der Rücktritt des Thäters auf die Strafbarkeit der Theilnehmer einwirkt und ob nicht auch die Theilnehmer selbst durch Rücktritt sich Strafbarkeit erwerben können, siehe unten in der Lehre von der Theilnahme.

5) Als Arten des Versuchs sind zu unterscheiden

a) der nähere und der entferntere Versuch, ohne daß im geltenden Recht [59]) an diesen rein quantitativen Unterschied eine Verschiedenheit der Strafe geknüpft wäre und geknüpft zu sein brauchte, da es genügt denselben der Strafzumessung zu überlassen. Dabei versteht es sich von selbst, daß eine und dieselbe Handlung in dem einen Fall ein näherer, in dem andern Fall ein entfernterer Versuch sein kann;

b) der beendigte und der nichtbeendigte Versuch [60]), deren ersterer auch wohl delictum perfectum (im Gegensatz zum delictum consummatum) genannt wird, strafrechtlich aber nur als fehlgeschlagenes Delict (délit manqué, delitto mancato) in Betracht kommt [61]). Dabei ist der beendigte Versuch nicht zu bestimmen, als der Fall, wenn der Thäter Alles gethan hat, was zur Herbeiführung des Erfolges nöthig war [62]), — sonst wäre der Erfolg eben eingetreten; sondern als der Fall,

59) Anders frühere Gesetze, die zum Theil sogar entfernten, nahen und nächsten oder (wie das preußische Landrecht) entfernten, vorletzten und letzten Versuch unterschieden, wobei übrigens (vgl. oben Anm. 8) unter entferntem Versuch mehrfach die Vorbereitungshandlungen verstanden wurden.

60) Weber, Archiv 1820 S 24 ff.; Berner, Gerichtssaal 1865 und Gutachten für den Juristentag von 1876; ebenso die Gutachten von Lamm und Leuthold; v. Liszt, Zeitschrift 1881 S 33 ff.

61) Abgesehen von den seltenen Fällen, in denen zur Aburtheilung geschritten wird, ohne daß entschieden ist, ob der Erfolg nicht noch eintritt. Den beendigten Versuch und den fehlgeschlagenen Versuch mit v. Liszt verschiedene Fälle zu behandeln liegt kein Grund vor; gegen Denselben v. Buri, Beilageheft 1885 S. 128, 129.

62) So Zachariae, Württemberg 1839 und der Entwurf der Novelle von 1876

wenn der Thäter Alles gethan hat, was von ihm für nöthig gehalten wurde, m. a. W. wenn er diejenige Handlung vollzogen hat, welche von ihm zur Herbeiführung des Erfolges bestimmt war [63]). Als Handlung kommt aber auch hier das gesammte Verhalten des Thäters in Betracht, einschließlich also des Abwartens des Erfolges, wenn der Thäter die Abwendung des Erfolges noch in der Hand hat [64]). Nur in diesem Sinne ist es zulässig, den beendigten Versuch als die durchschnittlich schwerere Art des Versuchs zu behandeln [65]). In diesem Sinne sollte derselbe aber allerdings als eine schwerere Art des Versuchs anerkannt werden, wie dies in den meisten früheren Gesetzen [66]) der Fall war und mit Recht von dem Entwurf der Novelle von 1876 vorgeschlagen wurde [67]);

c) der qualificirte und der einfache Versuch, je nachdem nämlich in der Versuchshandlung schon ein vollendetes Delict enthalten ist oder nicht [68]), sei es daß dieses einen wesentlichen Bestandtheil des versuchten Delictes bildet (wie die Körperverletzung im Verhältniß zum Morde) oder [69]) daß sich dasselbe als ein zufällig gewähltes Mittel für die Verübung des versuchten Delictes darstellt (wenn z. B. eine Brandstiftung zum Zwecke der Tödtung verübt wurde). Dabei findet aber

63) Ein Unterschied zwischen den beiden letzteren Bestimmungen ist nicht vorhanden. Anderer Meinung Berner, der einen objectiven, einen subjectiven und einen mittleren Standpunct unterscheidet.

64) Richtig John, Komm. zur St.P.O. I S. 221.

65) Nicht als beendigter Versuch erscheint also §. 46 Nr. 2, in welchem gerade von der Abwendung des Erfolges die Rede. Anderer Meinung die Motive und die Meisten, so Olshausen Nr. 6 zu §. 46.

66) Württemberg 1839, Braunschweig 1840, Hessen-D. 1841, Baden 1845, Sachsen 1855 u. 1868.

67) Sehr richtig Wächter, Vorlesungen S. 224, während die Meisten durch die erwähnte falsche Begriffsbestimmung von der Anerkennung des beendigten Versuches als der schwereren Form desselben abgehalten werden.

68) So schon Feuerbach, wogegen Heffter §. 75 Nr. 3 unter qualificirtem Versuch den Fall versteht, wenn das Gesetz eine Versuchshandlung als delictum sui generis behandelt.

69) Nur für diesen zweiten Fall wollen den Ausdruck qualificirten Versuch verwenden Wächter, Vorl. S. 201; Hälschner, d. Strafr. S. 364 Anm. 1.

die bemerkenswerthe Verschiedenheit statt, daß im ersteren Fall formell nur wegen des versuchten Delictes zu strafen ist, und das vollendete Delict nur bei der Strafzumessung in Betracht kommt[70]), wogegen im zweiten Fall auch formell ein Zusammentreffen des versuchten mit dem vollendeten Delicte vorliegt. Von selbst aber versteht sich, daß der freiwillige Rücktritt Straflosigkeit immer nur für das versuchte, nicht auch für das in der That schon liegende vollendete Delict begründet.

6) Was endlich die Strafe des Versuchs betrifft, so ist

a) hinsichtlich des Minimum derselben selbstverständlich, daß die Strafe des Versuchs eine geringere als die Minimalstrafe des vollendeten Delictes sein muß. Verkannt im römischen Recht, in welchem die von ihm bedrohten Versuchs-, ja auch Vorbereitungshandlungen unter die gleiche Strafvorschrift wie das vollendete Delict gestellt waren, und erst später die Möglichkeit einer geringeren Bestrafung des Versuchs anerkannt wurde, war jener Grundsatz voll anerkannt im älteren deutschen Recht, welches die von ihm überhaupt bestraften Versuchsfälle mit verhältnißmäßig geringen Strafen bedrohte [71]). Und die Möglichkeit einer sogar beliebigen Abstufung bot die Carolina (Art. 178), welche bestimmte, daß der Versuch nach der Verschiedenheit der Fälle verschieden bestraft werden solle. Aehnlich die meisten neueren Gesetzgebungen, die aber ein besonderes Minimum für die Versuchsstrafe festsetzten, welches im geltenden Rechte auf ein Viertheil [72]) der Minimalstrafe des

70) Ist freilich der Versuch des schwereren Delicts (z. B. der Tödtung im Falle des §. 216 des St.G.B.) positivrechtlich nicht strafbar, so kann wenigstens das in der That liegende vollendete Delict (die Körperverletzung) gestraft werden. Richtig Reichsgericht I 15. November 1880 (wenn auch mit der auffallenden Begründung), daß die Körperverletzung keinen wesentlichen Bestandtheil der Tödtung ausmache. Anderer Meinung Zimmermann, Goltd. Archiv 1881 S. 435 ff.

71) Unter denen aber doch der Verlust der Hand als Folge des Friedensbruchs vorkommt.

72) Zu gering wird dies von Berner und Schütze, noch zu hoch von Wächter gefunden. Entwurf I hatte (wie das neue St G.B. für für New-York) die Hälfte. — Ueber die Collision dieser Vorschrift mit dem Minimum der verschiedenen Strafarten und die eventuell nöthige Umwandlung der Strafe siehe unten in der Lehre von den Strafarten.

vollendeten Delictes bestimmt ist. Anders, nach französischem Vorbild [73]), das württembergische Gesetz von 1849 (vgl. oben Seite 106 Anm. 15), Preußen 1851 und Bayern 1861, welches die Strafe des Versuches derjenigen des vollendeten Delictes gleichsetzten [74]) und nur bestimmten (so Preußen 1851 und Bayern 1861), daß die mit dem Tode oder lebenslänglicher Freiheitsstrafe bedrohten Delicte im Falle des Versuchs mit einer bestimmten geringeren Strafe bestraft werden sollten, eine Bestimmung, die auch im geltenden Recht (§. 44 Absatz 2 und 3) zu der genannten Vorschrift hinzutritt [75]). Was aber

b) das Maximum der Versuchsstrafe betrifft, so ist keineswegs selbstverständlich, daß auch dieses ein geringeres als die Maximalstrafe des vollendeten Delictes sein muß. Da vielmehr die Schuld des Thäters völlig die gleiche sein kann im Falle des erfolglosen wie des vollendeten Delictes, so sind es nur Nebenrücksichten, aus denen die durchweg geringere Strafbarkeit des Versuchs gerechtfertigt sein kann [76]). Anders in der

Ueber die Versuchsstrafe im Falle der Jugendlichkeit des Thäters siehe unten bei der Strafanwendung.

73) Code pénal Art. 2: „Toute tentative de crime . . est considerée comme le crime même", wovon in Frankreich selbst nicht für todeswürdige Verbrechen eine Ausnahme gemacht ist, für die aber die Möglichkeit der Annahme mildernder Umstände in Betracht kommt.

74) Aehnlich Oesterreich 1852, nach welchem der Versuch der Regel nach nur einen Strafminderungs- und bei einzelnen Delictsarten einen Milderungsgrund bildet.

75) Wo lebenslängliche und zeitliche Freiheitsstrafe alternativ gedroht sind, steht dem Gerichte die Wahl zwischen zwei verschiedenen Strafrahmen zu Gebote. Anderer Meinung Hälschner, d. Strafrecht I S. 357, nach welchem es darauf ankommt, zunächst die Strafe des Delictes für den Fall seiner Vollendung zu finden. Richtig Wächter Verlesungen S. 223, Olshausen Nr. 4 zu §. 44.

76) Vgl. H. Meyer, Gerichtssaal 1881 S. 122 ff. Aehnlich v. Bar, Grundlagen S. 16 ff.; Lammasch, Gefährlichkeit S. 65; Wächter, Vorlesungen S. 234 (jedoch nur bei der Tödtung und für den Fall einer absolut tödtlichen Verletzung) Lombroso, Zeitschrift 1881 S. 121; Brusa, daselbst S. 145; vgl. auch v. Liszt Zeitschrift 1882 S. 624, Lehrbuch S. 188. — Anders dagegen Merkel, Zeitschrift von Grünhut 1878 S. 638, Zeitschrift für Strafrechtsw. 1881 S. 590 ff., Encyclopädie S. 323; Geyer, Zeitschr. für Strafrechtsw. 1881 S. 46; Sturm, Recht

That das ältere römische Recht, in welchem die gleiche Strafe auf Versuch und Vollendung gesetzt war, die auch im späteren Recht wenigstens nicht als ausgeschlossen angesehen wurde, wogegen das ältere deutsche Recht jene weit geringeren Strafen verhängte und auch die erwähnte Vorschrift der Carolina wenigstens überwiegend dahin gedeutet wurde, daß der Versuch in allen Fällen [77]) geringer als das vollendete Delict gestraft werden müsse. So auch die neueren Gesetze, von denen überdies ein Maximum der Versuchsstrafe gegenüber der Maximalstrafe des vollendeten Delictes festgesetzt wurde, wogegen das geltende Recht nur bestimmt, daß die Versuchsstrafe hinter der Maximalstrafe des vollendeten Delictes um einen Schritt zurückzubleiben habe [78]). Anders auch in dieser Beziehung, wiederum dem französischen Vorbild folgend, das württemb. Gesetz von 1849, Preußen 1851 und Bayern 1861, welche Versuch und Vollendung auch im Maximum einander gleichstellten, übrigens (Preußen 1851 und Bayern 1861) eine besondere Vorschrift für die mit dem Tode oder mit lebenslänglicher Freiheitsstrafe bedrohten Delicte enthielten, eine Vorschrift, welche wiederum auch im geltenden Recht zu der genannten Regel hinzutritt;

c) die neben der Strafe des vollendeten Delictes auszusprechenden Nebenstrafen haben in der gleichen Weise auch neben der Versuchsstrafe ihre Stelle (St.G.B §. 45), was aber auch hier zur Voraussetzung hat (vgl. die Lehre von den Strafarten), daß auf Strafen von einer bestimmten Art und Höhe erkannt wird.

und Rechtsquellen S. 125, welche es mit den Meisten für selbstverständlich erklären, daß der Versuch auch im Maximum geringer gestraft sein müsse.

77) Ausnahmen wurden wohl für die sog. delicta excepta (siehe oben Seite 93) behauptet. Aber auch abgesehen hiervon, stand gemeinrechtlich nichts im Wege, die mit geschärfter Todesstrafe bedrohten Delicte im Falle des Versuchs mit einfacher Todesstrafe zu belegen.

78) Wie viel dies ist, siehe unten bei den Strafarten. — Ausnahmsweise werden Versuch und Vollendung einander gleichgestellt St.G.B §. 80, Gewerbe-Ordnung §. 153, wozu noch Vorschriften der landesrechtlichen Forststrafgesetze u.s.w. hinzukommen.

C. Die That hinsichtlich ihrer Selbständigkeit oder die Lehre von der Theilnahme [1]).

§. 33 (40, 44).

Im Allgemeinen.

1) Ebenfalls in die Lehre von der objectiven Seite des Delictes gehört die Lehre von der Theilnahme, die mit Unrecht von den Meisten zur subjectiven Seite des Delictes gestellt wird [2]), ihre Besonderheit aber allein darin findet, daß es sich bei ihr um ein inhaltlich unselbständiges Thun handelt, d. h. um ein Thun, welches nicht um seiner selbst willen, sondern wegen seiner Beziehung zu der Verschuldung eines Anderen unter Strafe gestellt ist. Theilnahme ist nämlich diejenige Verschuldung, deren Inhalt durch ihre Beziehung zu der Verschuldung eines Anderen bestimmt wird. Die Lehre von der Theilnahme geht also parallel derjenigen vom Versuche, da es der Theilnahme ebenso sehr an der Selbständigkeit des strafbaren Thuns gebricht, wie es dem Versuch an der Vollständigkeit desselben mangelt. Vollkommen irrig wäre es, die Theilnahme als Thäterschaft aufzufassen [3]), was nicht einmal immer

1) Stuebel, über die Theilnahme Dresden 1828; Berner, die Theilnahme Berlin 1847; Zachariae, Archiv 1850, 1851; v. Bar, zur Lehre von Versuch und Theilnahme Hannover 1859; v. Buri, Theilnahme Gießen 1860, Goltd. Archiv 1867, 1869, 1870, 1876, Beilageheft 1885, Zeitschr. für Strafr.wiss. 1882; Langenbeck, Theilnahme Jena 1868; Schütze, nothwendige Theilnahme u.s.w. Leipzig 1869, Strafrechtszeitung 1869; Geyer, v. H. Handbuch II S. 319 ff. IV S. 141 ff., Rechtslexicon unter Mitthäterschaft u.s.w.; Glaser, Gerichtssaal 1864, Schriften I S. 109 ff.; (Goltdammer) Goltd. Archiv 1865; Herzog, Strafr.zeitung 1871, 1872, Gerichtssaal 1872, 1876, 1882; Ortmann, Goltd. Archiv 1874, Gerichtssaal 1876; Gretener, Zeitschr. für Strafrechtsw. 1884 S. 303 ff; Kärcher, Gerichtssaal 1884

2) Vgl. oben Seite 179; ferner Loening, Grundriß S. 84 f., der die Theilnahme mit dem Zusammentreffen von Delicten als Art des „Zusammenhanges verschiedener Strafrechtsverhältnisse“ behandelt.

3) So Hertz, Kausalzusammenhang (Rechtslexicon); Schmidt, Mitthäterschaft S. 1 ff; Janka, österr. Strafrecht S 146; v. Liszt, S. 196 (grundsätzlich) und v. Buri, Zeitschr. für Strafr.w. 1882 S. 252, 254, 261 (abgesehen von der subjectiven Seite).

für die Mitthäterschaft zutrifft, da das, was der Mitthäter verübt, nicht die Setzung einer vollständigen Bedingung des Erfolges zu sein braucht [4]. Als Arten der Theilnahme aber erscheinen a) die Mitthäterschaft, d. h. der Fall, wenn Jemand sich an der Ausführung eines auch von einem Anderen unternommenen Delictes mit Thätervorsatz betheiligt; b) die Anstiftung, d. h. der Fall, wenn Jemand den Entschluß zur Begehung eines Delictes in einem Anderen hervorruft; c) die Beihülfe, d. h. der Fall, wenn Jemand das von einem Anderen unternommene Delict unterstützt, und endlich d) die Begünstigung, d. h. der Fall, wenn Jemand dem schon begangenen Delict eines Anderen nachträglich irgend welche Förderung zu theil werden läßt. Hiervon wird freilich die Begünstigung im geltenden Recht nicht als Art der Theilnahme, sondern als besonderes Delict behandelt, was sich aber (siehe unten §. 37) als grundsätzlich unrichtig darstellt. Dabei ist es nicht richtig, zwischen gleichartiger und ungleichartiger oder zwischen selbständiger oder unselbständiger Theilnahme zu unterscheiden, sei es daß zu der ersteren nur die Mitthäterschaft oder auch die Anstiftung, zu der letzteren nur die Beihülfe oder auch die Anstiftung gezählt wird.

2) Auch die Theilnahme hat sich, ähnlich dem Versuche, erst allmählich in ihrem begrifflichen Wesen und nach ihren verschiedenen Arten entwickelt. Im römischen Recht lange Zeit nur insofern strafbar, als in den einzelnen leges neben dem Thäter auch der Gehülfe, Rathgeber u.s.w. genannt war [5], ist auch die Theilnahme im späteren römischen Recht in allgemeinerem Umfange gestraft worden [6]. Einen mehr äußerlichen Character zeigte auch in dieser Beziehung das ältere deutsche Recht, indem in der Regel nur die bei der That unmittelbar Betheiligten (das Gefolge oder die sog. „Volleister")

4) Anders Loening, Grundriß S. 84 f und Alle, welche eine Vorschrift über Mitthäterschaft im Gesetz für entbehrlich erachten.

5) „cuius ope, consilio, cuius dolo malo id factum erit, quive id fieri jussit faciendumve curaverit". oder die ministri, participes, conscii, autores.

6) Nachweislich beim crimen majestatis, bei Tödtung, Brandstiftung, falsum, furtum, concussio und adulterium.

erwähnt werden und außerdem etwa noch der Anstifter genannt wird [7]). Vollständiger verfuhr erst das canonische Recht [8]) und die italienische Lehre, durch die auch eine genauere Unterscheidung der Arten der Theilnahme vorbereitet wurde. Dennoch begnügte sich die Carolina mit einer allgemeinen, der Vorschrift über den Versuch parallel gehenden Bestimmung (Art. 177), von der jedoch zweifelhaft ist, ob sie nicht etwa auf die Beihülfe zu beschränken sei, während Mitthäterschaft und Anstiftung [9]) als Thäterschaft und die Begünstigung als besonderes Delict bestraft werden müßten. Ueberwiegend aber werden im früheren gemeinen Recht die oben genannten vier Arten der Theilnahme unterschieden, von denen mehrfach Mitthäterschaft und Anstiftung als Haupt- oder gleiche Theilnahme, Beihülfe und Begünstigung als Neben- oder ungleiche Theilnahme zusammengefaßt wurden. Ebenso in den neueren deutschen Gesetzgebungen, wogegen das französische Recht (Code pénal Art. 59) sich mit einer einzigen alle Arten der Theilnahme umfassenden Vorschrift begnügt.

3) Strafbare Theilnahme ist möglich nur an dem Delicte des Andern, da die Förderung der That eines Unzurechnungsfähigen sich als Selbstbegehung des Delictes darstellt [10]), die Betheiligung an einer nicht rechtswidrigen, z. B. durch Nothwehr gerechtfertigten That [11]) aber überhaupt nicht als strafbar erscheint. Nicht strafbar ist danach auch die Theilnahme am Selbstmord, die aber (siehe unten in der Lehre von der Rechtswidrigkeit) in verschiedenen älteren Gesetzen unter eine besondere Strafe gestellt war; und ebensowenig die Theilnahme

7) John, Strafrecht in Norddeutschland S. 215 ff.; Osenbrüggen, Z. für deutsches Recht Bd. 18 S. 84 ff, Studien S. 259 ff.

8) Vgl. besonders c. 6 X de homicidio 5, 12 (Entscheidung über die bei der Ermordung des Erzbischofs Thomas Becket von Kanterbury betheiligten Personen). Besonders hervorgehoben wird im canon. Recht die Anstiftung zum Meineid; vgl. c. 4 Causa 22 quaestio 5.

9) Vgl. noch Art. 107, 127, 128, 148 der Carolina.

10) Vgl. oben Seite 227 f.

11) Nicht zu verwechseln mit dem Fall, wenn der Thäter nur aus persönlichen Gründen der Strafbarkeit entrückt ist, wie dies mit den sog. exterritorialen Personen, sowie bei der relativen Straffreiheit der Abgeordneten der Fall ist.

an einer sonstigen Selbstverletzung, soweit nicht (vgl. St.G.B. §. 142) eine Verletzung der Wehrpflicht in Betracht kommt. Und zwar findet dies Alles nicht nur auf Anstiftung und Beihülfe Anwendung, sondern u. A. auch auf die Mitthäterschaft, da wer z. B. mit einem Unzurechnungsfähigen in der Weise eines Mitthäters zusammenwirkt, nur insofern als strafbar erscheint, als er Thäter ist, d. h. eine wirkliche Bedingung des Erfolges gesetzt hat. — Nicht zweifelhaft aber ist, daß Theilnahme möglich ist auch an Unterlassungen, und zwar nicht nur in der Form der Anstiftung, sondern selbst als Beihülfe, da (vgl. oben S. 244 f.) die Unterlassung nicht in bloßer Unthätigkeit zu bestehen braucht. Nicht nöthig endlich ist, daß das Delict, zu welchem Theilnahme geleistet wurde, im Inlande begangen ist; wohl aber muß es sich als eine nach dem Gesetze des Inlands strafbare Handlung darstellen, wenn dasselbe auch nicht im Inlande verfolgbar zu sein braucht[12]).

4) Begrifflich nicht ausgeschlossen ist, daß dies Delict des Anderen auch ein fahrlässiges sein kann. Da aber die vorsätzliche Förderung der Fahrlässigkeit eines Anderen sich als Thäterschaft darstellt, die fahrlässige Theilnahme aber nicht unter Strafe gestellt ist (siehe unten Nr. 5), so ist positivrechtlich von der Theilnahme an einem fahrlässigen Delicte nicht die Rede.

5) Auch die Theilnahme selbst setzt subjective Verschuldung voraus, wovon im früheren Rechte vereinzelte Ausnahmen vorkamen [13]), im geltenden Recht aber keinerlei Ausnahmen gemacht sind[14]). Was aber die Art der subjectiven Verschul-

12) Nicht nöthig ist also (auch nicht im Falle des §. 4 Nr. 3 Absatz 1), daß dasselbe auch nach den am Orte der That geltenden Gesetzen strafbar ist, obwohl dies (vgl. auch die oben, Seite 154, angeführten Münchener Beschlüsse) die Meisten annehmen.

13) Vgl. die Vorschriften des früheren gemeinen Rechts (l. 5, 6 Cod. ad legem Juliam majestatis 9, 8) und noch des preußischen Landrechts (II, 20 § 91 ff.) wonach die Kinder des Hochverräthers schon als solche mit rechtlichen Nachtheilen belegt wurden.

14) Nicht hierhin gehört die präsumirte Thäterschaft des Redacteurs (vgl. oben Seite 196 f.), die sich eben als Thäterschaft, nicht als Theilnahme darstellt; ebensowenig die Strafbarkeit Derjenigen, welche die ihrer Aufsicht Untergebenen nicht von der Begehung bestimmter Delicte

dung betrifft, so wäre sehr wohl auch fahrlässige Theilnahme, insbesondere fahrlässige Anstiftung und Beihülfe denkbar; ebenso begreiflich aber ist, daß positivrechtlich nur die vorsätzliche Anstiftung u.s.w. unter Strafe gestellt ist [15]). Der Vorsatz selbst aber muß darauf gehen, daß das Delict, und zwar seiner thatsächlichen Bedeutung nach, wirklich verübt werde, sodass die Förderung eines fremden Delictes in der Absicht, die Vollendung desselben noch rechtzeitig zu hindern oder den betreffenden Schaden thatsächlich nicht eintreten zu lassen, nicht als Theilnahme zu strafen ist [16]). Gleichgültig ist auch hier, ob der Vorsatz ein überlegter oder nicht überlegter [17]), bestimmter oder unbestimmter ist; ebenso, aus welchem Beweggrund, insbesondere in wessen Interesse die Theilnahme verübt wird [18]). Nicht nöthig ist endlich ein Einverständniß zwischen Thäter und Theilnehmer; vielmehr genügt es, daß der Theilnehmer seine Thäterschaft als einen Beitrag zu der Thätigkeit des Anderen bestimmt hat, ohne daß der

abhalten (St.G.B. §. 361 Nr. 4, 9), und noch weniger die Haftung dritter Personen fnr Geldstrafen (siehe oben Seite 7).

15) Eine Ausnahme macht das Urhebergesetz von 1870 §. 20, wo auch die fahrlässige Veranlassung eines vorsätzlichen (oder fahrlässigen) Nachdrucks unter Strafe gestellt ist. Anderer Ansicht Hälschner (I S. 396 Anm 1), der diese Vorschrift nur auf die fahrlässige Veranlassung eines fahrlässigen Nachdrucks bezieht.

16) Straflos sind also die sog. agents provocateurs, sofern sie es nicht zur Vollendung, bzw. (wenn dies nach der Natur des betreffenden Delicts möglich ist) nur formell zur Vollendung des Delictes kommen lassen. Anderer Meinung Olshausen Nr. 14 zu §. 48, der dieselben für strafbar erachtet, sobald sie es auch nur zu einem Versuche; ferner Janka, österr. Strafr. S. 154, welcher dieselben für strafbar erachtet, sofern sie es zur formellen Vollendung kommen lassen. Der Hinweis auf das hier häufig fehlende Bewußtsein der Rechtswidrigkeit kann nicht genügen.

17) Reichsgericht III 26. April 1883 (in Beziehung auf die Mitthäterschaft).

18) Anderer Meinung Geib, Krug, v. Schwarze, Langenbeck, v. Buri u. Andere, welche den Unterschied von Mitthäterschaft und Beihülfe, sowie denjenigen von Anstiftung und Beihülfe darin setzen, daß der Mitthäter, bzw. Anstifter im eigenen Interesse, der Gehülfe im fremden Interesse handele.

Thäter selbst (bezw. der Mitthäter) sich dieses Beitrags bewußt zu sein braucht[19]). Immer aber muß dem Theilnehmer das Delict des Thäters nach dessen wesentlichen Umständen bekannt sein, sodass derselbe nur wegen Beihülfe zu demjenigen Delicte und zu derjenigen Unterart des Delictes bestraft werden kann, welches der Thäter mit seinem Wissen verübt hat; was eine (scheinbare) Ausnahme nur für den Fall erleidet, daß das Delict durch einen solchen Umstand zu einem schwereren gemacht wird, welcher (wie der erschwerende Umstand des §. 224) auch dem Bereiche der subjectiven Verschuldung des Thäters entrückt ist[20]). Meint der Handelnde Theilnahme zu leisten, während er in Wahrheit als Thäter wirksam wird, so kann er nur wegen Theilnahme, meint er Beihülfe zu leisten, während er in Wahrheit anstiftet, so kann er nur wegen Beihülfe gestraft werden[21]).

6) Durch welche Handlungen Theilnahme verübt wird, ist ebenso verschieden, wie die Möglichkeit der Verübung des Delictes selbst; insbesondere ist auch nicht ausgeschlossen, daß Theilnahme durch Unterlassung verübt wird, was aber durch dieselben Voraussetzungen, wie die Begehung von Delicten durch Unterlassung, bedingt ist.

7) Zur Strafbarkeit der Theilnahme wäre begrifflich **nicht** erforderlich, daß das Delict, zu welchem Theilnahme geleistet wurde, in Wirklichkeit schon verübt wurde[22]), eine Einschrän-

19) Hinsichtlich des Gehülfen anerkannt vom Reichsgericht I 22 Sept. 1880; hinsichtlich des Mitthäters verneint vom Reichsgericht III 17. December 1881; vgl. auch **Olshausen** Nr. 8 zu §. 47; **Janka**, österr. Strafr. S. 150.

20) In welchem Falle nämlich auch der Theilnehmer wegen Theilnahme an dem qualificirten Delicte bestraft wird. Anderer Meinung **Olshausen** Nr. 15 zu §. 49.

21) Umgekehrt liegt auch dann nur Theilnahme vor, wenn der Handelnde Thäter zu sein meint, in Wahrheit aber Theilnehmer ist, Beihülfe, wenn er anzustiften meint, in Wahrheit aber nur Beihülfe leistet.

22) Anders die Meisten, mit der offenbaren petitio principii, daß von einer Theilnahme nur die Rede sein könne, wenn das Delict selbst vorliegt. Vgl. aber H. **Meyer**, Gerichtssaal 1881 S. 127 f.; auch **Janka**, österr. Strafr. S. 146.

kung, welche jedoch im positiven Rechte allerdings gemacht wird, von welcher aber auch im positiven Rechte (vgl die Lehre von der Anstiftung) gewisse Ausnahmen gemacht sind.

8) Keine Bestimmung hat das geltende Recht hinsichtlich der Theilnahme über den freiwilligen Rücktritt getroffen[23]), auf den auch nicht etwa die Vorschriften über den Rücktritt vom Versuch analog angewendet werden dürfen[24]). Doch versteht sich von selbst, daß denselben für den Mitthäter unmittelbare Bedeutung zukommt, sowie daß ein jeder Theilnehmer straflos bleibt, sofern es ihm gelingt zu verhindern, daß das Delict vollendet oder auch nur versucht wird[25]), oder sofern es ihm gelingt, den Einfluß der von ihm geübten Einwirkung rechtzeitig wieder rückgängig zu machen[26]). Wohl aber ist dem freiwilligen Rücktritt des Thäters eine Rückwirkung auf die Strafbarkeit des Theilnehmers zuzuschreiben[27]), da mit der nachträglichen Strafbarkeit der That auch die Strafbarkeit der geleisteten Theilnahme als hinfällig anzusehen ist[28]).

9) Wohl aber hat das Gesetz eine Bestimmung für den Fall getroffen, daß der Thatbestand des Delictes durch persönliche Umstände[29]) bedingt ist und diese Umstände nur in der Person des Thäters, nicht auch in der Person des Theil-

23) Anders Württemberg 1839, Braunschweig 1840, Hessen-D. 1841, Baden 1845, Sachsen 1855 u. 1868, Bayern 1861.

24) Anderer Meinung Merkel, v. H. Handb. IV S. 84; v. Buri, Gerichtssaal 1876 S. 202; Glaser, Schriften S. 105; Hälschner, d. Strafrecht I S. 363, 389; Geyer, v. H Encycl S. 899, 901.

25) Anders Hälschner und Andere, welche den Anstifter für strafbar erachten, sofern derselbe nur die Vollendung des Delictes hindert.

26) Auch in diesem Falle bleibt übrigens die nach §. 49ª begründete Strafbarkeit des Anstifters bestehen.

27) Anderer Meinung die Meisten, sowie auch das Reichsgericht I 13. Januar 1881 (mit Beziehung auf die Beihülfe). Richtig Berner, Grundsätze S. 30, Lehrb. S. 195; v. Bar, Versuch und Theilnahme S. 59 f.; Langenbeck, Theilnahme S. 181, Olshausen, N. 2 zu §. 46.

28) Dies allerdings nur vom Standpunct des positiven Rechtes, welches sich einmal auf den oben (unter Nr. 6) bezeichneten Standpunct gestellt hat.

29) Das Gesetz selbst (St.G.B. §. 50) spricht von persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen.

nehmers zutreffen, sei es daß der Thatbestand des Delictes selbst oder nur die höhere oder geringere Strafbarkeit desselben durch den betreffenden Umstand bedingt wird. In dieser Beziehung wäre es vom allgemeinen Standpunct ebenso wenig richtig, diese Umstände dem Theilnehmer gar nicht, wie dieselben dem Theilnehmer vollständig in Anrechnung zu bringen; vielmehr müßte eigentlich bestimmt sein, daß diese Umstände auch für den Theilnehmer, für diesen aber verhältnißmäßig in Anrechnung gebracht werden müßten [30]. Anders das geltende Recht (St.G.B §. 50), welches in dieser Beziehung zwischen Thatbestandsmerkmalen und strafändernden Umständen [31]) unterscheidet und hinsichtlich der ersteren Umstände die zweite, hinsichtlich der letzteren Umstände die erste Anordnung aufstellt [32]). Beides an sich unrichtig, eine Regelung, welche aber, unter Hinzutritt einer vernünftigen Strafzumessung, die Möglichkeit eines angemessenen Ergebnisses in sich schließt. Gerettet ist danach z. B. die Strafbarkeit des Nichtbeamten, der an einem reinen Amtsdelict theilnimmt [33]), und andererseits ist der Richter nicht gehindert, die Theilnahme des Nichtbeamten an einer Amtsunterschlagung innerhalb des Strafmaßes höher als die Theilnahme desselben an einer einfachen Unterschlagung zu strafen [34]). – Dabei hat die Vorschrift

30) Dies haben Diejenigen gefühlt, welche (wie Zachariae Arch. 1851 S. 217; Berner, Grundsätze S. 35 ff.) vorschlugen, in einem solchen Falle den Anstifter nur als Gehülfen zu strafen.

31) Diese sind unter den im Gesetze erwähnten straferhöhenden und strafmindernden Umständen zu verstehen.

32) Ausdrücklich ist nur von strafändernden Umständen die Rede; doch hat für strafbegründende Umstände nicht etwa dasselbe (anderer Meinung v. Schwarze), sondern das Gegentheil zu gelten.

33) Die allerdings in frühern Gesetzen (so Württemberg 1839, Sachsen 1855, 1868) ausdrücklich verneint war, aber ebenso wenig hätte verneint werden sollen, wie die Strafbarkeit einer Frau, von welcher Theilnahme zur Nothzucht verübt wird. — Der Folgerung, daß andererseits die Theilnahme an einer straflosen Familienentwendung straflos gelassen werden müßte, ist vorgebeugt durch die besondere Vorschrift des §. 247 Absatz 3.

34) Die Vorschrift trägt danach den Character eines Kompromisses und ist für die Methode der Gesetzgebung belehrend; vgl. H. Meyer, Gerichtssaal 1881 S. 129 f.

des Gesetzes auch für den Fall zu gelten, daß die betreffenden Umstände zwar bei dem einen Theilnehmer, nicht aber bei dem anderen Theilnehmer zutreffen (ausdrücklich gesagt im Gesetze); und ebenso endlich auch für den Fall[35]), wenn ein derartiger Umstand nur bei dem Theilnehmer, nicht auch bei dem Thäter vorliegt (was im Gesetze selbst nicht gesagt ist, aber aus dem Zusammenhang des Gesetzes hervorgeht). — Nicht sind unter den genannten persönlichen Umständen diejenigen zu verstehen, durch welche nicht das Delict, sondern nur die Strafbarkeit des Thäters berührt wird (jugendliches Alter, Rückfall) und von denen es sich deßwegen von selbst versteht, daß sie nur für den Betreffenden selbst in Betracht kommen. Wohl aber ist die Vorschrift des §. 50 analog zur Anwendung zu bringen auf diejenigen Verschiedenheiten des Vorsatzes[36]), durch welche ein höheres oder geringeres Strafmaß bedingt wird[37]).

10) Niemals sind mehrere Arten der Theilnahme neben einander zu strafen, was sowohl auf den Fall idealen, wie realen Zusammentreffens Bezug hat[38]). Vielmehr ist der Theilnehmer immer nur wegen der schwersten der ihm zur Last fallenden Arten von Theilnahme zu strafen. Der Grund davon ist der, daß auch der Theilnehmer nicht schwerer als mit der Strafe des Delictes zu strafen ist, die Strafe der schwereren Arten der Theilnahme aber der Strafe des Delictes gleich ist. Eine Ausnahme macht nur die Begünstigung, die das Gesetz als besonderes Delict behandelt. — Aus demselben Grunde kann

35) Wenn z. B. die uneheliche Mutter einen Anderen zur Tödtung ihres neugeborenen Kindes bestimmt.

36) Vgl. das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der Ueberlegung, durch welche der Unterschied von Mord (§. 211) und Todtschlag (§. 212), das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der gewinnsüchtigen Absicht, durch welche der Unterschied der Arten der Urkundenfälschung (§§. 267 u. 268) bedingt wird.

37) Anderer Meinung Merkel, Rechtslexicon (Todtschlag); Olshausen Nr. 6 zu §. 50 sowie die früheren Auflagen dieses Buches; doch kann nicht verkannt werden, daß das, was in §. 50 für persönliche Umstände bestimmt ist, noch vielmehr für derartige innere Vorgänge zu gelten hat

38) Anerkannt auch vom Reichsgericht III 1. Mai 1880 II 26. Sept. 1882; anders Olshausen Nr. 49 zu §. 257 hinsichtlich des idealen Zusammentreffens.

Jemand wegen wiederholter Theilnahmehandlungen an demselben Delicte nur einmal als Theilnehmer bestraft werden [39]). Andererseits ist nicht ausgeschlossen, daß durch eine Handlung Theilnahme an verschiedenen Delicten verübt wird, in welchem Falle ideales Zusammentreffen dieser mehreren Fälle von Theilnahme vorliegt.

11) Die Frage, zu welcher Zeit und an welchem Orte die strafbare Handlung als begangen anzusehen sei, hat sich auch hier (vgl. oben Seite 175) nach der vollzogenen Thätigkeit, nicht etwa nach Zeit und Ort des begangenen Delicts oder auch nur nach Zeit und Ort der erfolgten Einwirkung auf den Thäter zu richten. Und die gleiche Selbständigkeit ist der Theilnahme hinsichtlich der Verjährung zu wahren.

12) Ein Versuch der Theilnahme, vollkommen denkbar nach allgemeinen Grundsätzen, ist nach dem geltenden Recht nicht strafbar [40]), da dasselbe sich begnügt, den Versuch des Delictes selbst zu strafen. Der Versuch der Mitthäterschaft ist zutreffenden Falls als Versuch des Delictes selber zu strafen.

13) Ebenso ist im Gesetze nur die Theilnahme am Delicte selbst unter Strafe gestellt, nicht auch die Theilnahme an der Theilnahme, die, begrifflich vollkommen denkbar, ebenfalls durch die Vorschriften des geltenden Rechtes über die Theilnahme nicht mitumfaßt wird [41]). Doch wird Anstiftung zur Anstiftung der Regel nach als mittelbare Anstiftung zu dem Delicte selbst, Anstiftung und Beihülfe zur Beihülfe sowie Beihülfe zur Anstiftung aber als mittelbare Beihülfe zu dem Delicte selber erscheinen [42]). Unrichtig ist es auch, von

39) Anders Olshausen Nr. 49 zu 257, der die Möglichkeit idealen Zusammentreffens zwischen verschiedenen Beihülfehandlungen annimmt.

40) Anderer Meinung Ortmann, Goltd. Archiv 1874 S. 385 ff.; Hälschner, d. Strafr. I S. 389 (der einen Versuch auch der Beihülfe annimmt).

41) Anders hinsichtlich der Anstiftung zu Anstiftung und Beihülfe Hälschner, d. Strafr. I S. 384; Olshausen, Nr. 23 zu §. 48; auch Wächter, Berner, Geyer, Loening, womit allerdings der Wortlaut des §. 48 übereinstimmt. Anders auch hinsichtlich der Beihülfe zu Anstiftung und Beihülfe Olshausen, Nr. 22, 28 zu §. 49; Loening, Grundriß S. 99.

42) Anderer Meinung Wächter, Vorlesungen S. 257; Berner,

einer Mitthäterschaft in Beziehung auf Anstiftung und Beihülfe statt von gemeinschaftlicher Anstiftung und gemeinschaftlicher Beihülfe zu sprechen [43]).

14) Keine besondere Art der Theilnahme sind das Komplott, d. h. die Vereinigung Mehrerer zur Verübung eines bestimmten Delictes, sowie die Bande, d. h. die Vereinigung Mehrerer zur Verübung noch unbestimmter Delicte. Vielmehr ist zu unterscheiden, ob dem einzelnen Komplottanten, bzw. dem einzelnen Bandenmitglied Mitthäterschaft oder Anstiftung oder Beihülfe zur Last fällt oder ob seine Betheiligung gar keinen Einfluß geübt hat. Nicht richtig ist, daß in der Verabredung der gemeinschaftlichen Begehung jedesmal Mitthäterschaft, bzw. Anstiftung, etwa gegenseitige Anstiftung liege, so wenig die Möglichkeit der letzteren in Abrede gestellt werden kann [44]). Und ebenso unrichtig ist, daß die Eingehung eines Komplotts, bzw. die Betheiligung an einer Bande schon den Versuch eines Delictes enthalte [45]), eine Ansicht, die übrigens zur Voraussetzung hatte (vgl. oben Seite 256), daß die Vorbereitungshandlungen vielfach als entfernter Versuch angesehen wurden. Wohl aber sind Komplott und Bande in einzelnen Fällen besonders unter Strafe gestellt [46]), bzw. es sind beide als erschwerende Umstände behandelt, wie Ersteres insbesondere mit dem Komplotte des Hochverraths [47]), letzteres mit der

Lehrbuch S. 197, welche die Beihülfe zur Beihülfe nach dem geltenden Recht für straflos erachten.

43) Anderer Meinung Olshausen, Nr. 22 zu §. 47; Janka, österr. Strafr S. 156. Richtig Geyer, Rechtslexicon (Mitthäterschaft).

44) Anderer Meinung Hälschner, d. Strafr. I S. 425.

45) Bei der Bande wurde als solches wohl ein mittleres (Köstlin) oder das schwerste (Geib) der beabsichtigten Delicte angesehen.

46) Allgemein war dies der Fall in älteren Gesetzen, Bayern 1813, Württemberg 1839, Braunschweig 1840, Hessen-D. 1841, Baden 1845, Thüringen 1850, Sachsen 1855 und 1868. Vgl. auch das ausländische, insbes. das englische Recht, in welchem das Komplott bei einer größeren Zahl von Delicten bestraft wird.

47) Vgl. außerdem das Sprengstoffgesetz §. 6, wo Komplott und Bande, sowie das Militär-St.G.B. §. 59, wo in Beziehung auf den Kriegsverrath das Komplott unter besondere Strafe gestellt ist.

bandenmäßigen Verübung von Raub oder Diebstahl der Fall ist[48]).

§. 34 (41).

Die Mitthäterschaft[1]).

1) In rein äußerlichem Sinne könnte als Mitthäter schon Derjenige bezeichnet werden, der unter denselben Umständen, etwa an demselben Gegenstande mit einem Anderen die gleiche strafbare Thätigkeit entfaltet, ein Verhältniß, welches nur thatsächliche Schwierigkeiten, inbesondere hinsichtlich des Kausalzusammenhanges zu bereiten geeignet ist, dem aber keinerlei rechtliche Besonderheit zukommt. Mitthäter im eigentlichen Sinne (St.G.B. §. 47) aber ist nur Derjenige, der in schuldhafter Weise seine eigene Thätigkeit mit derjenigen eines oder mehrerer Anderer zu dem gleichen strafbaren Zwecke verbindet, — Mitthäterschaft im eigentlichen Sinne, für welche auch der Ausdruck Miturheberschaft gebraucht wird. Nicht richtig ist, daß Mitthäterschaft nur bei den sog. Erfolgsdelicten vorkommen könne[2]), da eine jede Thätigkeit das Ergebniß einer zusammengesetzten Veranstaltung sein kann, zumal auch hier das Verhältniß mittelbarer Thäterschaft (vgl. oben S. 227 f.) in Betracht kommt. Zu weit ist die Fassung des Gesetzes (St.G.B. §. 47), welches von Denjenigen spricht, welche die strafbare Handlung gemeinsam ausführen, es sei denn, daß man das Wort ausführen im engeren Sinne versteht. Keine Bestimmung enthielt Preußen 1851[3]), was sich aber als ein

48) Vgl. außerdem das Vereinszollgesetz §§. 146, 147 sowie das Gesetz betr. die Sicherung der Zollgrenze von 1869, welche Komplott und Bande, sowie die Seemanns-Ordnung §§. 87, 91, welche das Komplott als erschwerenden Umstand behandeln.

1) Glaser, Schriften 2. Aufl. S 135 ff; Abhandlungen im Gerichtssaal von Glaser (1864), Baur (1867), Hälschner (1873), v. Buri (1873, 1876), Gamp (1875), Ruhstrat (1880), Ortmann (1876), Waag (1880); in Goltd. Archiv von (Goltdammer) 1863, v. Buri (1869); in der Zeitschr. für Strafr.wiss. von v. Buri (1882). Hirsch, Mitthäterschaft und Beihülfe Tübingen 1881; G Schmidt, Mitthäterschaft Worms 1882.

2) Loening, Grundriß S. 93.

3) Ebenso John, Entwurf mit Motiven, und der össterr. Entwurf.

Fehler darstellt, da (vgl. Seite 287) nicht in jedem Falle der Mitthäterschaft einfache Thäterschaft vorliegt.

2) Nicht undenkbar wäre auch fahrlässige Mitthäterschaft und zwar sowohl an einem fahrlässigen, wie an einem vorsätzlichen Delicte; begreiflich aber ist es, daß nur die vorsätzliche, nicht auch die fahrlässige Mitthäterschaft gestraft wird, abgesehen davon, daß Jemand eine Mitursache des Erfolges fahrlässig gesetzt haben kann, in welchem Falle er aber schon nach den Grundsätzen über Thäterschaft strafbar erscheint [4]). — Was aber den Vorsatz der Mitthäterschaft selbst betrifft, so gehört zu demselben nicht nur die Kenntniß des von dem Anderen verübten Delictes, sondern der Delictsvorsatz selbst [5]) und der Wille, die eigene Thätigkeit mit der fremden zu dem betreffenden Zwecke zu verbinden. Keineswegs ist nöthig, daß die Mitthäterschaft im eigenen Interesse des Mitthäters verübt wird [6]); vielmehr kann es sein, daß der eine Mitthäter im Interesse eines Dritten oder eines anderen Mitthäters handelt, sofern nur ihm selbst der Thätervorsatz beiwohnt. Nicht darf der Wille des Mitthäters auf einen Theil der Ausführung beschränkt sein; vielmehr wird die Richtung seines Willens auf das Ganze des Delictes erfordert [7]).

3) In objectiver Beziehung genügt auch der kleinste zur Begehung des Delictes geleistete Beitrag, dem aber doch eine bestimmte Eigenschaft beiwohnen muß, um als Mitthäterschaft zu erscheinen. Es genügt nämlich nicht irgend eine

4) Dieser Fall wird von Denjenigen, welche fahrlässige Mitthäterschaft annehmen, mit einer wirklichen fahrlässigen Mitthäterschaft verwechselt. So Wächter, die Buße S. 61 f., Vorlesungen S. 248. Richtig Reichsgericht I 5. Dec. 1883, 26. Januar 1885. Bei v. Liszt S. 197 ist von fahrlässiger Nebenthäterschaft die Rede.

5) Wonach eine Frau nicht Mitthäterin in Bezug auf eine Nothzucht, ein Nichtbeamter nicht Mitthäter in Bezug auf ein Amtsdelict sein kann. Anderer Meinung Wächter, Vorlesungen S. 368; Schwarze zu §. 47; Hälschner, d. Strafrecht S. 431, 438; in ersterer Beziehung (bei physischer, nicht rechtlicher Unmöglichkeit der Verübung) Ortmann, Goltd. Archiv 1874 S. 392.

6) Vgl. oben Seite 277 Anm. 18.

7) Anderer Meinung Olshausen, Nr. 4 §. 47, für den Fall, daß die Ausführung unter die Mitthäter vertheilt ist.

Unterstützungshandlung; vielmehr ist zu erfordern, daß die betreffende Handlung sich als ein, wenn auch noch so geringer, Theil der Ausführung selbst darstellt [8]). Was aber als Ausführungshandlung anzusehen sei, davon war schon oben (Seite 259 f.) die Rede, wonach z. B. das Geben eines Werkzeugs oder die Ertheilung eines Rathes (an einen Zurechnungsfähigen) niemals Mitthäterschaft sein kann. Insbesondere ist unrichtig, daß das Zusammentreffen von Anstiftung und Beihülfe von selbst Mitthäterschaft ergebe. Im Einzelnen maßgebend ist der Begriff des betreffenden Delictes, wobei aber z. B. beim Diebstahl in Betracht kommt, daß der Thatbestand desselben (siehe den besonderen Theil) richtiger nicht in die zum Zwecke der rechtswidrigen Zueignung erfolgende Wegnahme, sondern in die durch Wegnahme erfolgende rechtswidrige Zueignung gesetzt wird, wonach es keineswegs unrichtig ist, wenn in dem Wachestehen beim Diebstahl von der Rechtsprechung allgemein, und so auch vom Reichsgericht [9]) Mitthäterschaft erblickt wird. Bei den sog. zusammengesetzten Delicten (z. B. der Urkundenfälschung) versteht sich von selbst, daß die Verübung der ersten Handlung (z. B. der Fälschung selbst) je nach der Willensrichtung Mitthäterschaft oder Beihülfe sein kann [10]) Und dasselbe ist auch von den sog. qualificirten Delicten (z. B. dem Diebstahl durch Einbruch) zu behaupten, sofern der erschwerende Umstand in einer dem Delicte selbst

8) Anderer Meinung die sog. subjective Theorie in früherer Zeit vertreten u. A. von Henke, Köstlin, in neuerer Zeit von Glaser, v. Schwarze, v. Buri, Hertz, Janka und Anderen, wogegen Hälschner, Berner, Schütze, Geyer, Ruhstrat, v. Liszt, Olshausen und Andere sich im obigen Sinne entscheiden. Derselbe Gegensatz war vorhanden zwischen der Rechtsprechung des württembergischen und sächsischen höchsten Gerichtshofs auf der einen und des preußischen und bayerischen Gerichtshofs auf der anderen Seite. Schwankend das Reichsgericht, das sich theils mehr im subjectiven III 26. Januar 1881, I 16. März 1882, III 7. Mai 1883, theils mehr im objectiven Sinne (III 9. Febr. 1881, II 17. Mai 1881, III 2 Juli 1883) entscheidet.

9) Reichsgericht III 12. Mai 1880; anderer Meinung unter Andern Hälschner, d. Strafrecht S. 429; Geyer, Rechtslexicon (Mitthäterschaft).

10) Reichsgericht I 7. Januar 1881.

vorangehenden Handlung besteht. Im Uebrigen ist gleichgültig ob die Mitthäter gleichzeitig handeln oder ob Einer dem Andern mit seiner Thätigkeit nachfolgt. — Von der Thäterschaft ist die Mitthäterschaft auch innerlich, nämlich dadurch verschieden, daß zur Mitthäterschaft irgend ein Beitrag zur Ausführung genügt, während die Thäterschaft erfordert, daß durch den Thäter eine selbständige Bedingung des Erfolges gesetzt wird.

4) Außerwesentlich ist, ob die Mitthäterschaft auf Verabredung beruht (Komplott im engeren Sinne) oder ob die Mitthäter sich erst während der Ausführung zusammenfanden, wofür der (allerdings dem Mißverständniß ausgesetzte) Ausdruck zufällige Mitthäterschaft gebraucht wird.

5) Die Strafe der Mitthäterschaft ist die des betreffenden Delictes, und zwar ohne Rücksicht auf die Zahl der Mitthäter [11]), da es im Strafrecht nicht auf die Ausgleichung des durch das Delict bewirkten Schadens, sondern auf die Gegenwirkung gegen das Unrecht ankommt. Dies schließt nicht aus, daß innerhalb der Grenzen der Strafzumessung der Eine höher oder niedriger als der Andere gestraft wird.

6) Besondere Bestimmungen hat das geltende Recht insofern getroffen, als mehrfach die Rädelsführer unter eine höhere Strafe gestellt sind [12]), wobei unter Rädelsführer der die Ausführung persönlich Leitende zu verstehen ist [13]). Vgl. ferner die Forststrafgesetze [14]), in denen die Verübung des Delictes durch drei oder mehr Personen als erschwerender Umstand genannt ist.

11) Anders das ältere deutsche Recht, in welchem wohl vorkommt. daß die Bestrafung von zwei Mitschuldigen genüge. Osenbrüggen, Studien S. 260 f.

12) So im St.G.B. §§. 115, 122, 125, ferner im Vereinszollgesetz §§. 146, 147 und in der Seemanns-Ordnung §§. 89, 91.

13) Der Ausdruck kommt davon, daß die den Leitenden umgebende Menge als eine Art Rad, er selbst also als Achse gedacht wurde.

14) Preußisches Forstdiebstahlsgesetz §. 6; württemb. Forststrafgesetz Art. 8.

§. 35 (42).

Die Anstiftung [1]).

1) Die zweite Art der Theilnahme ist die Anstiftung (St.G.B. §. 48), d. h. die Hervorrufung des Entschlusses zur Begehung eines Delictes in einem Anderen, die mit Unrecht auch intellectuelle Urheberschaft genannt wird, da man es in ihr nicht mit einer Art der Thäterschaft oder Urheberschaft, sondern mit einer Art der Theilnahme zu thun hat [2]). So jedenfalls nach dem geltenden Recht, welches zwar in der Strafe Anstiftung und Thäterschaft einander gleichstellt, nicht aber die anstiftende Thätigkeit als Versuch straft, was der Fall sein müßte, wenn man mit der Auffassung der Anstiftung als Thäterschaft Ernst machen wollte [3]). Aber auch vom allgemeinen Standpunct könnte nur bei den sog. Erfolgsdelicten gesagt werden, daß der Anstifter den betreffenden Erfolg durch den Thäter verursacht, und auch bei diesen kommt in Betracht, daß der Anstifter die Begehung des Delictes doch noch immer von der verantwortlichen Entschließung des Anderen abhängig macht. In einigen Fällen (St.G.B. §§.142, 340, 341, 343) hat allerdings das geltende Recht die Anstiftung (zusammen mit der mittelbaren Thäterschaft) als Thäterschaft behandelt.

1) Abegg, Archiv 1841; Krug, Abhandlungen S. 101 ff.; Abhandlungen im Gerichtssaal von Glaser (1858) (auch Glaser, Schriften S. 95 ff.), Arnold (1859), Gamp (1875), Stemann (1876), Herbst (1877), Zimmermann (1880); v. Buri, Z. für Strafrwiss. 1882 S. 271 ff.

2) Anders die Meisten Richtig Schütze, nothwendige Theilnahme S. 169 ff.; ferner Cohn, Versuch S. 652 ff; Ortmann, Gerichtssaal 1876 S. 82, Goltd. Archiv 1877 S. 119; Janka, österr. Strafrecht S. 154; Loening, Grundriß S. 95; wogegen Schwalbach, Gerichtssaal 1879 S. 614 und Hrehorowicz, Grundbegriffe S. 176 die Anstiftung theils als Thäterschaft, theils als Theilnahme ansehen. Vgl. H. Meyer, Gerichtssaal 1881 S. 117 f.

3) Meist freilich ist man in der unklaren Vorstellung befangen, als ob der Anstifter in dem Sinne intellectueller Urheber sei, daß er das Delict der Anderen hervorrufe und erst durch die Thätigkeit der Anderen strafbar werde.

2) Was nun zunächst die subjective Seite der Anstiftung betrifft, so stünde (abgesehen von sprachlichen Bedenken) an sich nichts im Wege, auch die fahrlässige Anstiftung zu strafen [4]), die aber im geltendem Recht aus naheliegenden Gründen nicht für strafbar erklärt ist [5]). Was aber den Vorsatz selbst betrifft, so besteht derselbe in dem Willen, den Andern zur Begehung des Delictes [6]), und zwar zur wirklichen Herbeiführung des Erfolges zu bestimmen, ohne daß der Vorsatz des Anstifters selber ein Thätervorsatz zu sein braucht. Insbesondere ist nicht nöthig, daß bei den sog. Zweckdelicten auch der Wille des Anstifters auf die Erreichung des betreffenden Zwecks gerichtet sei. Dabei geht aus dem, was über das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gesagt wurde, hervor, daß der Anstifter sich weder der Rechtswidrigkeit dessen, wozu er anstiftet, noch auch der Rechtswidrigkeit seiner anstiftenden Thätigkeit bewußt zu sein braucht [7]).

3) Nicht nöthig ist, daß das Delict, zu welchem angestiftet wird, noch völlig bevorsteht; vielmehr kann auch zur Fortsetzung eines schon begangenen Delictes angestiftet werden, sei es daß erst ein Versuch des Delictes oder ein Theil eines fortgesetzten oder Kollectivdelictes vorliegt. Doch hört die Möglichkeit der Anstiftung nicht erst mit der Vollendung des Delictes auf, sondern schon dann, wenn die Abwendung des Erfolges nicht mehr in der Hand des Thäters liegt.

4) Hinsichtlich der Thätigkeit des Anstiftenden kommt in Betracht, daß dieselbe ebenso mannigfaltig ist, als die Mittel, welche geeignet sind den Willen eines Menschen zu bestimmen. Es gehört also hierhin ebensowohl das Geben oder Versprechen von Vortheilen wie die Zufügung oder Androhung von Nachtheilen, ebensowohl die Darbietung von Gründen der Ueberlegung, wie die Anreizung von Begierden und Leiden-

4) So in der That Bayern 1813, wogegen die übrigen Gesetze diese Fälle der sittlichen Beurtheilung überlassen.

5) Von der Ausnahme des Urhebergesetzes war schon oben (S. 277 Anm. 15) die Rede.

6) Das Delict muß ein bestimmtes sein, ohne daß diese Bestimmtheit eine völlig genaue zu sein braucht.

7) Natürlich ebenso bestritten wie das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als Erforderniß des strafrechtlichen Vorsatzes überhaupt.

schaften; ebensowohl die Anwendung von Gewalt (Zwang) wie die Erregung eines Irrthums (Täuschung); und nicht ausgeschlossen ist, daß auch ein bloßer Rath [8]), ja eine bloße Aufforderung und selbst eine scheinbare Abmahnung sich als ein geeignetes Mittel der Anstiftung darstellt. Niemals aber darf die Einwirkung des Anstifters so weit gehen, daß die eigene strafrechtliche Verantwortlichkeit des Thäters aufhört, sei es daß derselbe in Unzurechnungsfähigkeit oder in einen wesentlichen Irrthum oder in einen die Strafbarkeit ausschließenden Nothstand versetzt wird, in welchem Falle (siehe oben S. 227 f.) nicht Anstiftung, sondern Selbstbegehung des Delictes auf Seiten des scheinbaren Anstifters vorliegt [9]). Was insbesordere die Täuschung betrifft, so kann hiernach als Mittel der Anstiftung nicht die Täuschung über ein Thatbestandsmerkmal, sondern nur die Täuschung über einen Beweggrund erscheinen. Im Gesetze selbst sind bestimmte Mittel der Anstiftung genannt, nicht aber, wie im französischen Recht (Code pénal Art. 60) ausschließlich, sondern nur beispielsweise, indem hinzugefügt ist, daß die Anstiftung auch „durch andere Mittel“ verübt sein könne [10]). Nicht ausgeschlossen ist, daß die Anstiftung von Mehreren verübt wird, von denen (vgl. oben Seite 282 f.) aber jeder einen wesentlichen Beitrag zur Anstiftung geliefert haben muß, um als Anstifter zu erscheinen.

5) Während nun nach früherem gemeinen Recht darüber gestritten wurde, ob nicht schon die Anstiftung als solche zu strafen sei [11]), eine Frage, über welche die neueren Gesetze die

8) Reichsgericht III 2. März 1881.

9) Ebenso liegt Thäterschaft, nicht Anstiftung vor, wenn ein Unzurechnungsfähiger oder in wesentlichem Irrthum Befindlicher zur Herbeiführung eines strafbaren Erfolges benutzt wird, wobei auch kein Unterschied zwischen einem wegen Kindheit und einem wegen Strafunmündigkeit Unzurechnungsfähigen stattfindet Anders das Reichsgericht III 20. Sept. 1882, welches die Bestimmung eines Strafunmündigen als Anstiftung ansieht. Ebenso Olshausen, Nr. 1 zu §. 48 und Andere.

10) Ueberhaupt keine Mittel sind genannt im ungarischen St.G.B. sowie im österreichischen Entwurf.

11) Bejaht von den Meisten, da die anstiftende Thätigkeit entweder als Versuch (der eigenen Begehung) oder als strafbare Vorbereitung

verschiedensten Vorschriften enthielten [12]), ist im geltenden Recht ausdrücklich bestimmt, daß die Strafbarkeit der Anstiftung der Regel nach durch die, wenigstens theilweise, Begehung des Delictes bedingt ist. Vollkommen irrig aber ist es (vgl. oben Seite 278 f.), hierin eine nothwendige Folgerung aus der Auffassung der Anstiftung als bloßer Theilnahme zu erblicken. Vielmehr könnte, ja müßte auch von diesem Standpunct aus schon die anstiftende Thätigkeit als solche unter Strafe gestellt sein [13]). Nur als die theilweise Ausfüllung einer vom positiven Rechte gelassenen Lücke erscheint es also [14]), wenn wenigstens in einigen Fällen auch vom geltenden Recht schon die anstiftende Thätigkeit als solche unter Strafe und zwar unter eine selbständige Strafe gestellt ist. Vgl. St.G.B. §§. 85, 111, 112, 141, 159, 210, 357 [15]); Militär-St.G.B. §§. 99, 100, 110, 149; Seemanns-Ordnung §. 88; insbesondere aber den durch die Novelle von 1876 hinzugefügten §. 49ª (den sog. Duchesne-Paragraphen), durch welchen die Aufforderung zur Begehung eines „Verbrechens" (Verbrechen im engeren Sinn) unter Strafe gestellt ist [16]). Dies übrigens so, daß die nur mündliche (gemeint

(der fremden Begehung) angesehen werde. So von Zachariae (Versuch), Heffter, Köstlin, Geib, während Luden, Goltdammer, Zachariae (Archiv 1850), John, v. Bar u. Andere die Frage verneinten.

12) Für die Bestrafung Württemberg 1839, Braunschweig 1840, Baden 1845, Thüringen 1850, Sachsen 1855, 1868, in beschränkender Weise (Anwerben um Lohn) auch Bayern 1861. Gegen dieselbe Preußen 1851, obwohl Hälschner (pr. Strafr. I S. 352) auch für Preußen die Strafbarkeit aus der Eigenschaft der Antiftung als Thäterschaft (intell. Urheberschaft) herzuleiten versuchte.

13) H. Meyer, Gerichtssaal 1881 S. 127.

14) Anderer Meinung Geyer, Aufforderung (Rechtslexicon), v. H. Encycl. S. 898; S. Mayer, Goltd. Archiv 1878 S. 285; Hälschner, d. Strafrecht I S. 409; Binding, Normen I S. 13, Zeitschr. von Grünhut 1875 S. 681, welche sich in zum Theil heftigem Tadel des §. 49ª ergehen, und wobei Binding bemerkt, daß in diesem Falle nur Polizeimaßregeln angemessen seien.

15) Bedroht ist theils die öffentliche Aufforderung, theils die Verleitung zu bestimmten Delicten, worunter (§. 159) die Verleitung zum Meineid hervorragt.

16) Veranlaßt war dies durch den Fall Duchesne, indem ein

ist jede nichtschriftliche) Aufforderung mit der Gewährung oder dem Versprechen von Vortheilen geknüpt sein muß, ohne daß dies Vermögensvortheile zu sein brauchen. In jedem Falle muß die Aufforderung [17]) eine ernstliche sein und zur Kenntniß des Aufgeforderten gelangt sein; nicht nöthig aber ist, daß sie einen bestimmenden Einfluß geübt hat. Neben der Aufforderung zur Begehung des Delictes selbst ist auch die Aufforderung zur Theilnahme an einem solchen genannt, was sich als Widerspruch gegen die sonstige Behandlung der Theilnahme an der Theilnahme (siehe oben) darstellt. Die Strafvorschrift kommt jedoch nur zur Anwendung, sofern nicht in specielleren Vorschriften eine andere, schwerere oder leichtere, Strafe verhängt ist [18]), und sofern das Delict selbst nicht wirklich begangen wurde, in welchem Falle §. 48 zutrifft [19]). Neben der Aufforderung sind im §. 49[a] noch bedroht die Annahme der Aufforderung, sowie das Sicherbieten und die Annahme desselben, von denen (vgl. oben Seite 257 Anm. 12) nur der Annahme des Erbietens eine Beziehung zur Anstiftung beiwohnt, insofern dieselbe geeignet ist, unter Umständen als ein Mittel der Anstiftung zu erscheinen.

6) Es muß aber der Anstiftung nicht nur die Begehung des Delictes gefolgt sein, sondern es muß diese Begehung auch

belgischer Fabrikarbeiter dieses Namens dem Erzbischof von Paris gegenüber sich zur Ermordung des Fürsten v. Bismarck angeboten hatte, was zunächst das belgische Gesetz vom 7. Juli 1875 und sodann die deutsche Bestimmung zur Folge gehabt hat.

17) Die sich gegenüber der Anstiftung als der engere Begriff darstellt; der Entwurf der Novelle hatte „unternimmt zu verleiten“, wofür in der Kommission „unternimmt anzustiften“ und erst im Reichstag der jetzige Ausdruck gesetzt wurde.

18) Vgl. St.G.B. §. 159, wo eine schwerere; St.G.B. §. 111, Seemanns-Ordnung §. 88, wo eine leichtere Strafe verhängt ist.

19) Abgesehen hiervon ist nach der Behandlung des Falles als eines delictum sui generis nicht ausgeschlossen, daß derselbe mit den verschiedenen Arten der Theilnahme concurrirt, sowie daß auch (von Versuch kann nach der Strafhöhe nicht die Rede sein) eine Theilnahme an ihm als möglich erscheint. Die Strafe des §. 49[a] ist im Höchstbetrag verhältnißmäßig niedrig (verglichen mit dem Falle des wirklich verübten Delictes), obwohl das Gesetz mit der Zuerkennung von Nebenstrafen nicht zurückhält.

als Folge der Anstiftung erscheinen. Hat der Thäter das Delict zwar verübt, aber ohne daß die anstiftende Thätigkeit hierauf entscheidenden Einfluß geübt hat[20]), so kann dieselbe nicht als Anstiftung, sondern nur etwa als Beihülfe gestraft werden, sofern sie noch einen bestärkenden Einfluß geübt hat. Von selbst aber versteht sich, daß der Anstifter jedenfalls insofern strafbar ist, als (vgl. oben unter Nr. 4) die anstiftende Thätigkeit als solche unter Strafe gestellt ist.

7) Strafbar ist der Anstifter nur für das, was der Thäter mit seinem (des Anstifters) Willen gethan hat, wobei aber selbstverständlich nicht der Wortlaut, sondern nur der Sinn der Aufforderung entscheidet und neben dem bestimmten Vorsatz gerade auch in dieser Beziehung der unbestimmte, insbesondere der eventuelle Vorsatz in Betracht kommt. Nicht verantwortlich ist also der Anstifter für den sog. Exceß des Angestifteten, sei es daß darunter eine qualitative oder eine quantitative Abweichung von dem Inhalt der Anstiftung zu verstehen ist. Derselbe kann ihm auch nicht etwa zur Fahrlässigkeit zugerechnet werden, außer sofern der Angestiftete fahrlässig über die Grenzen des Auftrags hinausging und sich die anstiftende Thätigkeit im gegebenen Falle als Mitursache des fahrlässig herbeigeführten Erfolges darstellt. Dabei ist aber die Frage, ob auch ein dem Thäter begegneter error in objecto (vgl. oben Seite 214 f.) als Exceß anzusehen sei[21]), nach Lage des Gesetzes zu verneinen[22]), da nach diesem nur die

20) Anstiftung eines sog. alias facturus, der vom Standpunct Derjenigen, welche die Anstiftung als Thäterschaft auffassen, gerade als ein besonders geeignetes Mittel der Ausführung angesehen werden könnte. So in der That Binding, Grundriß S. 125; nur Schade, daß hierbei jede Beziehung zwischen der anstiftenden Thätigkeit und dem begangenen Delicte hinwegfällt.

21) Vgl. den Rechtsfall Rose und Rosal vor dem Schwurgericht zu Halle 1859 und darüber die Schrift von Boehlau, Weimar 1859; auch Dochow, Strafrechtsfälle 3. Aufl. S. 41 ff.

22) Im Ergebniß übereinstimmend (Goltdammer) Goltd. Archiv 1859 S. 98 ff.; Hälschner daselbst S. 433, d. Strafrecht I S. 418; Wächter, Vorlesungen S. 171; Berner, Geyer, Oppenhoff, Janka und Andere. — Anderer Ansicht Boehlau, Schütze, v. Schwarze, Olshausen, Rubo, Loening (Grundriß S. 96).

Wahl zwischen dieser Entscheidung und bloßer Bestrafung nach §. 49ª gestellt ist, während vom allgemeinen Standpunct, von welchem für die Verschuldung vor Allem die anstiftende Thätigkeit maßgebend sein würde, zwischen diesem und dem normalen Fall derselbe Unterschied wie sonst zwischen erfolglosen und erfolgreicher Verübung gemacht werden könnte. Noch anders vom Standpunct Derjenigen, welche die Anstiftung als eine Art der Thäterschaft ansehen, wonach sich dieser Fall als eine dem Anstifter begegnete aberratio ictus (vgl. oben Seite 215 f.) darstellt [23]).

8) Die Strafe der Anstiftung ist von jeher die gleiche, wie diejenige des Thäters gewesen [24]), was freilich in der Carolina nicht allgemein, sondern nur für einzelne Fälle (vgl. Art. 107 über die Anstiftung zum Meineid) gesagt ist, wohl aber gemeinrechtlich angenommen und in den neueren Gesetzgebungen bestätigt wurde [25]). Von Einfluß war dabei die Vorstellung, als ob man es in der Anstiftung mit einer intellectuellen Urheberschaft im Sinne einer Art von Thäterschaft oder in dem oben (S. 288 Anm. 3) bezeichneten Sinne zu thun habe. Aber auch aus der Auffassung der Anstiftung als einer bloßen Theilnahme braucht nicht die geringere Strafbarkeit der Anstiftung gegenüber der Thäterschaft hergeleitet zu werden, da, was dem Anstifter an eigener Verübung des Delictes abgeht, durch die in der Anstiftung liegende Verleitung des Thäters (die auch dann vorliegt, wenn der Vorschlag von dem Thäter ausging) ersetzt wird [26]).

23) So in der That Schütze, obwohl gerade er gegen die Auffassung der Anstiftung als Thäterschaft auftrat.

24) Für grundsätzlich schwerer strafbar erklärten den Anstifter (de lege ferenda) Feuerbach, Tittmann, Geyer (Erörterungen S. 169); für grundsätzlich weniger strafbar Mittermaier, Luden, Sturm (Kommissivdelicte S. 233).

25) Die durch eine besondere Eigenschaft des Thäters (z. B. als Beamter oder Militärperson) bedingten Nebenstrafen fallen jedoch für den Anstifter weg. Ueber die Frage, welche bürgerliche Strafe der im Militärstrafrecht gedrohten „Freiheitsstrafe" gleichstehe, vgl. Hecker, Civil- und Militärstrafrecht S. 76 und andererseits Olshausen 2. Aufl. Nr. 32 zu §. 48.

26) Völlig genau freilich müßte unterschieden werden, ob und in welchem Grade der Anstifter die Vollendung des Delictes als wahr-

— Uebrigens wird der Anstifter nur dann mit der vollen Strafe des Delictes getroffen, wenn es zur Vollendung des Delictes gekommen ist[27]), wogegen, wenn es bei einem Versuche des Delictes blieb, auch der Anstifter nur mit der Strafe des versuchten Delictes belegt wird[28]). — Wohl aber kann innerhalb der Grenzen der Strafzumessung die Strafe des Anstifters eine sehr verschiedene sein von derjenigen des Thäters, was auch auf die Annahme mildernder Umstände Bezug hat.

9) Besondere Bestimmungen hat das geltende Recht über die Anstiftung zu gewissen Delicten ertheilt (St.G.B. §§. 141, 159, 210, 340, 341, 343, 345). — Nicht hierhin gehört, daß in einzelnen Fällen (St.G.B. §. 160, 271, Urhebergesetze von 1870 und 1876) auch die Anstiftung zu straflosen Handlungen unter Strafe gestellt ist.

§. 36 (43).

Die Beihülfe[1]).

1) Eine gegenüber der Mitthäterschaft und der Anstiftung weniger schwere Art der Betheiligung an dem Delicte eines Andern ist die Beihülfe (St.G.B. §. 49), d. h. die einem Delicte vor seiner Vollendung geleistete Unterstützung, die aber im geltenden Rechte nur bei Verbrechen und Vergehen, nicht auch bei Uebertretungen gestraft wird.

scheinlich annahm und wie weit er ihre Verhinderung noch in der Hand hatte. Dies aber geht über die Schranken des Rechtes hinaus.

27) Anders allein Rubo, Nr. 23 zu §. 48, der auch im Falle des nur versuchten Delicts auf den Anstifter die Strafe des vollendeten Delictes anwendet.

28) Auch dies ist nicht selbstverständlich, entspricht aber dem einmal eingenommenen Standpunct des Gesetzes und dem starken Einfluß, welchen auch noch das geltende Recht dem Eintritt oder Nichteintritt des Erfolges einräumt. Vgl. über diese mit der Thäterschaft pari passu einhergehende Strafbarkeit der Anstiftung H. Meyer, Gerichtssaal 1881 S. 128; Lammasch, Gefährlichkeit S. 73 Anm. 42; Sturm, Kommissivdelicte (1. Aufl.) S. 235.

1) Zachariae, Archiv 1851; Krug, Abhandlungen S. 73 ff.; Glaser, Gerichtssaal 1864; v. Buri, Goltd. Archiv 1864, 1869, Gerichtssaal 1867, 1876, Z. für Strafrechtswiss. 1882 S. 252 ff.; Schütze, Strafrechtszeitung 1869; Ortmann, Gerichtssaal 1876 sowie die zu §. 34 angeführten Schriften.

2) In subjectiver Beziehung setzt auch die Beihülfe vorsätzliche Verübung voraus, obwohl auch sie sehr wohl in der Form fahrlässiger Verübung gedacht werden könnte. Und zwar gehört zum Vorsatz des Gehülfen Kenntniß des fremden Delictes sowie der Wille, das wirkliche Zustandekommen desselben zu fördern[2]. Nur wegen Beihülfe zu demjenigen Delicte und zu derjenigen Form des Delictes kann also der Gehülfe gestraft werden, welche der Thäter mit seinem (des Gehülfen) Wissen verübt hat. Der Gehülfe ist ferner nicht strafbar, wenn er nur eine scheinbare Unterstützung des Thäters beabsichtigt[3]. Nicht aber ist der Vorsatz des Gehülfen selbst als Delictsvorsatz, etwa als eine Art unbestimmten oder indirecten Vorsatzes zu bezeichnen[4]) Nur ein Mißverständniß ist es, wenn man verlangt hat[5], daß die Beihülfe nicht im eigenen, sondern im fremden Interesse, und zwar im Interesse des Thäters verübt sei.

3) Das Delict, zu welchem Beihülfe geleistet wird, darf noch nicht vollendet sein; wohl aber kann die zu demselben gehörige Thätigkeit schon vollständig verübt sein, sodaß auch die Förderung des noch ausstehenden Erfolges sich möglicherweise noch als Beihülfe darstellt[6]. Es kann ferner Beihülfe zu einem solchen Verhalten geleistet werden, welches sich als Fortsetzung des Delictes oder als fernerer Theil eines Kollectivdelictes dartellt.

4) Was aber die Thätigkeit des Gehülfen betrifft, so kann dieselbe zunächst in solchen Handlungen bestehen, welche ihrer Natur nach nur als Unterstützungshandlungen erscheinen, wie z. B. die Ertheilung eines Raths, die Darreichung eines Werkzeugs (an eine zurechnungsfähige Person) immer nur Bei-

2) Wohl nur scheinbar anders Reichsgericht I 7. Januar 1881, III 29. October 1881, wonach es genügt, wenn der Gehülfe weiß, daß durch seine That eine Bedingung des Erfolges gesetzt wird.

3) Vgl. oben S. 277 Anm. 16 über die sog. agents provocateurs.

4) Anderer Meinung Glaser, Gerichtssaal 1864 S. 24 f. (Schriften S. 124).

5) So Wächter, Köstlin, Geib, Krug, v. Buri.

6) Anderer Meinung Olshausen Nr. 5 zu §. 49; richtig Oppenhoff, v. Schwarze u. Andere.

hülfe, niemals Thäterschaft oder Mitthäterschaft sein kann [7]. Sodann aber auch in solchen Handlungen, welche ihrer Natur nach Ausführungshandlungen sind (vgl. oben S. 259 f), sofern dieselben nicht mit Thätervorsatz, sondern mit bloßem Gehülfenvorsatz verübt sind. Ausgeschlossen ist nur, daß der Gehülfe eine solche Handlung (die sog. Haupthandlung) verübt, durch welche ihrer Natur nach das Wesen des betreffenden Delictes vollständig erfüllt wird. Und auch dies erleidet eine Ausnahme für die sog. Zweckdelicte, deren Haupthandlung ohne den entsprechenden Vorsatz verübt werden kann und bei denen mithin der scheinbare Thäter in Wahrheit nur Gehülfe sein kann, während dem scheinbaren Anstifter in diesem Falle Thäterschaft zur Last fällt [8]. Mitthäterschaft und Beihülfe unterscheiden sich also in subjectiver Beziehung stets, in objectiver Beziehung aber nur insofern, als es Handlungen giebt, die stets nur Beihülfe, nicht auch Mitthäterschaft begründen, und als der Gehülfe der Regel nach nicht die sog. Haupthandlung vollziehen darf, ohne selbst zum Thäter zu werden.

5) Auch die Strafbarkeit der Beihülfe ist positivrechtlich [9]) bedingt durch die Begehung des Delictes, welches mindestens zu einem Versuche gediehen sein muß, damit der Gehülfe bestraft werden könne, ein Grundsatz, von welchem überdies abweichend von der Anstiftung keinerlei Ausnahmen gemacht sind. Und wie die Strafbarkeit der Anstiftung voraussetzt,

7) Anders die oben (Seite 286 Anm. 8) genannte subjective Theorie, welche den Unterschied zwischen Mitthäterschaft und Beihülfe rein in die subjective Seite verlegt.

8) Nicht gehört hierhin der Diebstahl, da die Absicht der rechtswidrigen Zueignung nicht die Absicht eigenen Behaltens zu sein braucht. Anderer Meinung Berner, Theilnahme S. 214 ff.; Hirsch, Mitthäterschaft S. 38; Hrehorowicz, Grundbegriffe S. 236 f.; Loening, Grundriß S. 98 f. Vgl. auch Reichsgericht II 10. Juni 1884. Ebensowenig die Entführung (St.G.B. §. 237); wohl aber der sog. Versicherungsbetrug (St.G.B. §. 265; vgl. v. Spesshardt, Versicherungsbetrug S. 74 f.), da derselbe die Absicht eigenen Betruges voraussetzt. Vgl. auch St.G.B. §§. 340, 341.

9) Vgl. oben Seite 278 f.; andererseits aber auch Hälschner, d. Strafrecht I S. 318, welcher der Meinung ist, dass, solange nicht der Thäter wenigstens einen Versuch begangen habe, aus der Handlung des Gehülfen die Absicht der Beihülfe nicht genügend erkannt werden könne.

daß das Delict in Folge der Anstiftung begangen sei, so soll die Beihülfe nur dann bestraft werden, wenn dieselbe auch wirklich einen fördernden Einfluß auf die Begehung des Delictes geübt hat. Allgemeinen Grundsätzen heineswegs entsprechend und auch im Gesetze selbst nicht ausdrücklich gesagt, ist dies dennoch dem Zusammenhang des Gesetzes zu entnehmen [10]). Doch genügt es, wenn eine physische Beihülfe auch nur intellectuellen Einfluß geübt hat.

6) Arten der Beihülfe sind

a) geringere und stärkere Beihülfe, je nachdem der Gehülfe mehr oder weniger zur Unterstützung des Delictes gethan hat, ein Unterschied, an welchen das frühere Recht (vgl. die Grade des Versuches) verschiedene Strafen geknüpft hatte [11]), der aber im geltenden Recht der Strafzumessung überlassen bleibt Besonders hervorgehoben war im früheren Recht der sog. Hauptgehülfe [12]), d. h. derjenige, ohne dessen Unterstützung das Delict voraussichtlich nicht begangen worden wäre; oder auch die wesentliche Beihülfe, sei es als solche oder in der Art, daß (wie in Preußen 1851) die nichtwesentliche Beihülfe unter eine geringere Strafe gestellt war.

b) Beihülfe durch materielle und Beihülfe durch geistige Einwirkung oder physische und intellectuelle Behülfe, wofür im Gesetz der Ausdruck Beihülfe durch Rath oder That [13]) gebraucht ist, wobei (vgl. oben Seite 143) der Ausdruck Rath gewiß auf jede Art intellectueller Einwirkung, also auch auf

10) Anderer Meinung Glaser, Gerichtssaal 1880 S 548 ff.; sowie auch das Reichsgericht I 20. April 1882; theilweise auch Olhausen Nr. 7 zu §. 49, der eine Einwirkung, aber keine fördernde Einwirkung erfordert.

11) So Bayern 1813, Württemberg 1839, Braunschweig 1840, Hannover 1840.

12) So von den italienischen Juristen und von der Mehrheit der gemeinrechtlichen Schriftsteller, insbesondere Feuerbach. Vgl. auch das preußische Landrecht von 1794 und noch Entwurf I des jetzigen Gesetzes. Unrichtig ist es, wenn Berner (14. Aufl. S. 160) meint, daß nach heutigem Recht der Hauptgehülfe gleich dem Mitthäter bestraft werden könne.

13) Vgl. schon das sogen. Reichsgutachten über den Zweikampf von 1668.

eine bloße Bestärkung des verbrecherischen Entschlusses zu beziehen ist[14]). Mit der physischen ist meistens auch eine intellectuelle Beihülfe verbunden; ein Unterschied in ihrer Schwere ist nicht zu behaupten.

c) vorangehende, gleichzeitige und nachfolgende Beihülfe, je nachdem die Beihülfe vor oder während oder nach der verbrecherischen Thätigkeit (immer aber noch vor der Vollendung des Delictes) verübt wird. Insbesondere kann es sein, daß Beihülfe durch Unterstützung des Thäters in den Vorbereitungshandlungen geübt wird[15]);

d) Beihülfe durch positive Thätigkeit und Beihülfe durch Unterlassung oder positive und negative Beihülfe, wobei aber die Möglichkeit der letzteren auf dieselben Voraussetzungen wie die Begehung eines Delictes durch Unterlassung beschränkt ist. Neben dem Falle, daß ein Dienstbote oder Wärter seiner Dienstpflicht zuwider eine Schutzmaßregel unterläßt[16]), gehört hierhin also auch der Fall, wenn Jemand arglos dem Delicte eines Anderen Vorschub geleistet hat und es absichtlich unterläßt, die Wirkung hiervon wider rückgängig zu machen.

7) Die Strafe der Beihülfe muß, da dem Gehülfen nicht die Begehung, sondern nur die Unterstützung des Delictes zur Last fällt, eine geringere sein als diejenige des Thäters. Anders das römische Recht, welches lange Zeit die von ihm überhaupt bestraften Gehülfenhandlungen wie die Thäterschaft selber bestrafte und erst später (in der extraordinaria cognitio) die Möglichkeit bot die Beihülfe geringer zu strafen. Schwankend die mittelalterlichen Quellen, nach welchen aber meistens[17]) die unmittelbaren Theilnehmer dem Thäter ebenfalls gleichgestellt wurden. Für geringere Strafbarkeit (abgesehen vom Hauptgehülfen) die italienischen Juristen, bis die Carolina (Art. 177) in der gleichen Weise wie beim Versuche erklärte,

14) Vgl. auch das Reichsgericht III 29. October 1881 (Spruch eines Ehrengerichtes).

15) Reichsgericht I 10. Mai 1883.

16) Oder auch nur seiner Dienstpflicht zuwider das Delict geschehen läßt; Reichsgericht III 18 Dec. 1882.

17) So insbesondere vom Sachsenspiegel II, 13.

daß die Beihülfe nach der Verschiedenheit der Fälle verschieden bestraft werden solle, was gemeinrechtlich auch hier dahin ausgelegt wurde, daß die Beihülfe in allen Fällen geringer als die Thäterschaft bestraft werden solle. So auch die meisten neueren Gesetze, wobei aber, wie in der gemeinrechtlichen Praxis, so auch von ihnen [18]) mehrfach eine Ausnahme für den sog. Hauptgehülfen gemacht wurde. Anders einzelne Gesetze [19]), welche ebenso wie beim Versuche, dem französischen Recht (Code pénal Art. 59) folgend, Beihülfe und Thäterschaft in der Strafbarkeit einander gleichstellten, wobei nur (wie in Preußen 1851) für die nichtwesentliche Beihülfe [20]) eine Ausnahme gemacht oder (wie in Württemberg 1849 und Bayern 1861) durch die Zulassung von mildernden Umständen die Möglichkeit einer geringeren Strafe gegeben wurde. Ein geringere Strafe als für die Thäterschaft verhängt auch das geltende Recht, und zwar in der Weise, daß die gleiche Strafermäßigung, wie beim Versuche (vgl. oben Seite 270 ff.) auf die Beihülfe für anwendbar erklärt ist. In der That muss dies im Wesentlichen als das Richtige erscheinen [21]). — Dabei ist, wenn das Delict selbst nur ein versuchtes ist, auch die Beihülfe nur als Beihülfe an dem versuchten Delicte zu strafen, wobei die Nothwendigkeit einer doppelten Herabsetzung der Strafe hervortritt. Schief ist es, in diesem Falle statt von der Beihülfe an einem Versuch, von versuchter Beihülfe zu sprechen.

8) Besondere Vorschriften über die Beihülfe sind insofern ertheilt, als die Beihülfe bzw. bestimmte Arten der Beihülfe zu bestimmten Delictsarten unter besondere Strafe gestellt sind (St.G.B. §§. 141, 209, 219); als bestimmte Arten der Beihülfe zu bestimmten Delictsarten für straflos erklärt sind (§. 209); als der Versuch der Beihülfe unter Strafe gestellt ist (§§. 141,

18) Vgl. das preußische Landrecht, Sachsen 1855 u. 1868 und noch Entwurf I des geltenden Gesetzes.

19) Vgl. das württemb. Gesetz vom 13. August 1849 sowie Preußen 1851 und Bayern 1861; auch Oesterreich 1852.

20) Aehnlich in Oesterreich 1852 für die sog. unbedeutende Beihülfe.

21) Anderer Meinung Schütze, Lehrbuch S. 160; Cohn, Versuch S. 678 ff., welche sich gegen diese Gleichstellung von Versuch und Beihülfe in der Strafe aussprechen.

278, 341, Sprengstoffgesetz §. 7); als unter Umständen die fahrlässige Beihülfe gestraft wird (§§. 121 Absatz 2, 347 Abs. 2) und endlich als ausnahmsweise die Beihülfe gleich der Thäterschaft (St.G.B. §§. 121, 143 Absatz 2, 203 sowie die particulären Forststrafgesetze) oder gar schwerer als die Thäterschaft (St.G.B. §§. 219, 347, 354, 355, Socialistengesetz §. 18) gestraft wird. — Nicht hierhin gehört, daß unter Umständen die Beihülfe zu straflosen Handlungen (§§. 120, 121, 180, 285, 335, 347 Absatz 1) unter Strafe gestellt ist.

§. 37 (45).

Die Begünstigung[1]).

1) Vom geltenden Recht nicht als Theilnahme, sondern als besonderes Delict behandelt ist die Begünstigung, d. h. die Förderung eines Delictes nach schon eingetretener Vollendung, eine Förderung, die auf zweierlei Art möglich ist, einmal nämlich in positiver Weise durch die Förderung der Wirkungen des Delictes, und sodann in negativer Weise durch die Verhinderung seines strafrechtlichen Ausgleichs. Dennoch gehört die wissenschaftliche Darstellung der Begünstigung in den allgemeinen Theil, da dieselbe ihrem Wesen nach sich als eine Unterart der Theilnahme darstellt, wogegen im besonderen Theil sich keine Stelle findet, an welche sie zutreffender Weise gesetzt werden könnte[2]). Denn, wenn auch die Verhinderung des strafrechtlichen Ausgleichs unter die Delicte gegen die Rechtspflege gestellt werden kann,

1) Sander, Archiv 1838, 1839; Abhandlungen in der Strafrechtszeitung von Schütze (1869), Meves (1873); im Gerichtssaal von Schwarze (1872), Geyer (1875), v. Buri (1876), in Goltd. Archiv von Herzog (1881), Waldhausen (1881); Villnow, Raub u.s.w. S. 55 ff.; Gretener, Begünstigung und Hehlerei München 1879; Rethwisch, Begünstigung Berlin 1880.

2) Anderer Meinung Henke, Köstlin, Sander, Hälschner, Berner, Binding, Gretener, Geyer, v. Buri, Herzog, v. Liszt, Rethwisch, Hrehorowicz, Janka, Loening, insbes. Hälschner, Beurtheilung des Entwurfs S. 67 ff.; meist mit der augenscheinlichen petitio principii, daß die Theilnahme an dem Delicte eines Anderen sich als Kausalität an dem zu dem Delicte gehörigen Erfolge darstellen müsse.

so erscheint doch die Förderung der Wirkungen des Delictes weder als solches [3]), noch auch als bloßes Vermögensdelict, da dieselbe vielmehr auf die mannigfachsten anderen Delicte Bezug hat. Völlig verfehlt ist es, wenn im Reichs-St.G.B. die gesammte Begünstigung wegen ihrer Beziehung zur Hehlerei zu den Vermögensdelicten gestellt wird. Unrichtig ist es, wenn die erstere Art der Begünstigung sachliche, die zweite persönliche Begünstigung genannt wird, da grundsätzlich genommen keine der beiden Arten der Begünstigung eine persönliche Beziehung erfordert, nach der engeren Begrenzung beider Arten im positiven Recht aber zu jeder derselben eine Beziehung auf die Person des Thäters (oder Theilnehmers) verlangt wird. Ebenso, wenn man nur die erstere Art der Begünstigung als echte, die zweite als unechte [4]), oder umgekehrt nur die zweite Art als echte, die erste als unechte [5]) bezeichnet. — Von selbst versteht sich, daß im geltenden Recht die volle Consequenz der Behandlung der Begünstigung als eines besonderen Delictes zu ziehen ist. Wie schon die Beihülfe, so wird auch die Begünstigung vom geltenden Recht nur in Beziehung auf Verbrechen und Vergehen, nicht in Beziehung auf Uebertretungen als strafbar behandelt.

2) Im römischen Recht theils unter den Formen der Theilnahme erwähnt, theils als besonderes Delict behandelt [6]), ist die Begünstigung auch im deutschen Recht nur in einzelnen Beziehungen, so als Hehlerei und als Aufnahme und Unterstützung flüchtiger, insbesondere geächteter oder verfesteter Personen [7]) unter Strafe gestellt. Auch in der Carolina nur beiläufig [8]) erwähnt, ist dieselbe dennoch gemeinrechtlich stets

3) Anderer Meinung Herzog (Gerichtssaal 1881), v. Liszt 2. Aufl. (S. 587), Waldhausen, Janka, welche auch die Förderung der Wirkungen des Delictes als eine Hemmung der staatlichen Rechtspflege ansehen.

4) Hrehorowicz, Grundbegriffe S 227.

5) Binding, Gretener, v. Buri, Geyer.

6) Vgl. das crimen receptatorum; Dig. 47, 16; Code 9, 39 sowie Platner, das crimen receptatorum Archiv 1843.

7) Vgl. H. Meyer, Strafverfahren gegen Abwesende Berlin 1869 S. 75 f.

8) Nämlich Art 38 unter den Anzeigen oder Indicien eines be-

als strafbar angesehen worden, wobei nur streitig war, in welchem Umfange dieselbe bestraft werden solle und ob dieselbe als besonderes Delict oder als Theilnahme zu behandeln sei [9]). Dieselbe Verschiedenheit findet sich in den neueren Gesetzen, von welchen aber überwiegend die Begünstigung als besonderes Delict aufgefaßt wurde, wie dies auch im preußischen St.G.B. der Fall war, das nur insofern vom Reichs-St.G.B. abweicht, als dasselbe die Begünstigung nichtsdestoweniger am Schlusse des Abschnittes über die Theilnahme behandelt.

3) Was nun zunächst die positive [10]) Begünstigung oder die Förderung der Wirkungen des Delictes betrifft, so ist es eine bedeutende Einschränkung, daß derselben im geltenden Recht eine Beziehung auf die Person des Schuldigen (Thäters oder Theilnehmers) ertheilt ist [11]), indem als Begünstigung nur der dem Thäter, um ihm die Vortheile des Delictes zu sichern, geleistete Beistand gestraft wird. Straflos ist danach, wer ohne Rücksicht auf die Person des Schuldigen die Wirkungen eines Delictes aufrecht erhält oder befördert. Nicht aber ist die Vorschrift des geltenden Rechtes auf Vermögensdelicte zu beschränken [12]), da vielmehr von der Sicherung von Vortheilen für den Thäter auch bei anderen Delicten die Rede sein kann, wie dies z. B. bei der falschen Anschuldigung und der Entführung der Fall ist. Insbesondere ist es unrichtig, daß eine nachträgliche Förderung dieser anderen Delicte stets

gangenen Delictes. Doch konnte sich fragen, ob nicht Art. 177 auch auf sie zu beziehen sei.

9) Die letztere Auffassung stützte sich u. A. auf die Ansicht des Julius Clarus, von welchem die Theilnahme in eine Theilnahme ante delictum, in ipso delicto und post delictum eingetheilt wurde.

10) Der Name ist trotz der möglichen Mißdeutung (Begehung durch positive Thätigkeit) der einzige, der sich als wirklich zutreffend darstellt.

11) Nur wer diese Einschränkung beachtet, kann das Verhältniß der sog. Sachhehlerei (§. 259) zur Begünstigung verstehen, welche grundsätzlich genommen eine Art der Begünstigung sein würde, über den positiven Begünstigungs-Begriff aber hinausgeht.

12) Anderer Meinung v. Buri, Gerichtssaal Bd. 29 S. 47; Binding Normen II S. 371; Merkel, v. H. Handb. III S. 742, Gretener, Waldhausen.

eine Neubegehung von Delicten sein würde [13]). Was aber die Sicherung der aus einem Vermögensdelict herrührenden Vortheile, insbesondere der durch ein solches erlangten Sachen betrifft, so ist eine solche nicht in einer jeden auf die Erhaltung oder Verwerthung der Sache gerichteten Thätigkeit [14]) zu finden, sondern nur in einer solchen Thätigkeit, welche geeignet ist, den Thäter in seinen rechtswidrigen Beziehungen zur Sache zu sichern. Nicht richtig ist, daß die Hintertreibung der civilrechtlichen Folgen eines Delictes den Thäter nur civilrechtlich haftbar mache [15]) oder daß dieselbe mit der zweiten Art der Begünstigung zu einer gegen den rechtlichen Ausgleich des Delictes gerichteten Verschuldung zusammengefaßt werden müsse [16]).

4) Was sodann die negative Begünstigung betrifft oder die Verhinderung des strafrechtlichen Ausgleichs eines Delictes, so ist auch dieser im geltendem Recht eine Einschränkung auf die Person des Thäters gegeben, indem nur der dem Thäter, um ihn der Bestrafung zu entziehen, geleistete Beistand für strafbar erklärt ist. Straflos bleibt also der Fall, wenn es dem Begünstiger nicht um die Straflosigkeit des Thäters, sondern um die objective Straflosigkeit der That als solcher zu thun ist [17]). Was aber den in dieser Beziehung dem Thäter geleisteten Beistand betrifft, so gehört hierhin nicht nur die Sicherung der Person des Thäters vor Verfolgung (durch Verbergung und Fluchtbeförderung), sowie die Tilgung der Spuren des Delictes und der Thäterschaft im Interesse des Thäters, sondern auch falsche Angaben gegenüber Privaten und Behörden [18]), Hintertreibung von Anzeige, Antrag oder Ermäch-

13) Wie dies v. Buri, Gerichtssaal Bd. 29 S. 25; Gretener S. 104; Merkel, v. H. Handb. IV S. 423; Olshausen, Nr. 30 zu §. 257 behaupten.

14) Z. B. Rettung der Sache bei Feuers- oder Wassersnoth, Verwendung einer dem Verderb ausgesetzten Sache u. dgl.

15) v. Buri, Beilageheft 1883 S. 74.

16) Vgl. die oben (Anm. 3) Genannten (Herzog, v. Liszt, Waldhausen, Janka).

17) Daß Ersteres mit dem Letzteren stets verbunden sei, läßt sich nicht behaupten.

18) Reichsgericht II 21. März 1884; Württemb. Gerichtssaal 1883 S. 222 ff. (unwahre Angaben des Verletzten selbst).

tigung durch rechtswidrige Mittel [19]), falsche Angaben in einem Gnadengesuche [20]) und endlich auch die Verbüßung der Strafe an Stelle des Schuldigen. Nicht hierhin gehört aber [21]) die Zahlung der Geldstrafe für den Schuldigen [22]), die Gewährung der Mittel an denselben zur Zahlung einer solchen oder gar der Ersatz einer schon geleisteten Zahlung. Und noch weniger kann der Ersatz des durch das Delict verursachten Schadens als Begünstigung erscheinen [23]), und zwar ohne Rücksicht auf den Beweggrund, aus welchem die Zahlung erfolgt ist. Dabei ist es gleich, ob die Begünstigung vor oder nach dem gerichtlichen Urtheil [24]), oder etwa noch während der Strafvollstreckung erfolgt. Immer aber muß es sich um die Abwendung der Bestrafung selbst handeln, was bei der Bewahrung vor Untersuchungshaft nicht nothwendig [25]) zutrifft. Nicht ausgeschlossen ist auch hier Verübung durch Unterlassung, die aber noch nicht bei bloßer Auskunftsverweigerung [26]), wohl bei pflichtwidriger Nichtanzeige vorliegt. Ueber das Zusammentreffen der Begünstigung mit Gefangenenbefreiung, Meineid u.s.w. siehe unten in der Lehre vom Zusammentreffen der Delicte. Nicht ausgeschlossen ist, daß beide Arten der Begünstigung durch eine und dieselbe Handlung verübt werden, wenn nämlich dieselbe Handlung zur Sicherung der Vortheile des

19) Anderer Mg. Olshausen, Nr. 3 zu §. 257, Waldthausen S. 397. — Ebenso rechtswidrige Einwirkung auf die Zurücknahme des Antrags.

20) Anderer Meinung Schwarze, Oppenhoff, Olshausen (N. 19 zu §. 257). Letzterer abgesehen von dem Vorbringen falscher Urkunden und eidesstattlicher Versicherungen.

21) Anderer Meinung Lehmann, Goltd. Archiv 1871 S. 784; Villnow S. 83.

22) Abgesehen von dem Falle, daß der Zahlende den Schuldigen schon der Verurtheilung selbst zu entziehen sucht.

23) Anders Gretener S. 145 sowie auch das Reichsgericht II 7. December 1883. Vgl. auch Württemberg 1839, das bei Strafe untersagte, einem Beamten zur Deckung eines Fehlbetrags ein Darlehn zu geben.

24) Reichsgericht IV 17. October 1884.

25) Anderer Meinung Olshausen, N. 17 zu §. 257.

26) Reichsgericht III 22. November 1883.

Delicts und zur Sicherung des Schuldigen vor Bestrafung bestimmt ist.

5) In allen Fällen setzt die Begünstigung ein begangenes Delict voraus, u. A. also, daß die betreffende That, in Beziehung auf welche Begünstigung geleistet wird, von einem Zurechnungsfähigen verübt ist[27]), wogegen die der That eines Unzurechnungsfähigen nachträglich gewährte Förderung nur insofern strafbar sein kann, als dieselbe sich als ein selbständiges Delict darstellt[28]). Das Delict ferner, in Beziehung auf welches Begünstigung geleistet wird, muß ein vollendetes sein[29]), wenn dasselbe auch noch fortdauert, bzw. fortgesetzt wird, wonach neben der Begünstigung noch die Möglichkeit der Beihülfe, ja auch der Anstiftung und Mitthäterschaft einhergeht. Nicht erforderlich ist, daß der zur Verfolgung des betreffenden Delictes erforderliche Antrag schon gestellt, bezw. die zu derselben erforderliche Ermächtigung schon ertheilt sei[30]); kein Hinderniß ist ferner, daß das Delict schon verjährt oder durch Begnadigung oder rechtskräftiges Urtheil getilgt ist. Dies allerdings nur für die positive Begünstigung, da die negative Begünstigung (Sicherung vor Strafverfolgung) die (nicht bloß nach der Meinung des Thäters, sondern auch thatsächlich vorhandene) Möglichkeit der Bestrafung voraussetzt.

6) In subjectiver Beziehung könnte auch die Begünstigung in der Form fahrlässiger Verübung gedacht werden, die in der That bei einer ihrer Unterarten (Hehlerei nach §. 259) für strafbar erklärt ist (siehe den Besonderen Theil). Was aber den Vorsatz betrifft[31]), so gehört zu demselben insbesondere

27) Anderer Meinung Herzog, Goltd. Archiv 1881 S. 127 ff., Olshausen 1. Aufl. Nr. 32 zu §. 257.

28) Die einem Unzurechnungsfähigen gewährte Unterstützung zur Beseitigung einer entwendeten Sache z. B. als Unterschlagung.

29) Abgesehen davon, daß eine Sicherung vor Strafverfolgung möglich ist, auch wenn nur der Erfolg des Delictes noch aussteht, sobald nämlich der Thäter sich durch die Begehung eines Versuches strafbar gemacht hat.

30) Vgl. Samuely, Gerichtssaal 1880 S. 10 ff., Olshausen N. 3 zu §. 257, die in der Begründung abweichen.

31) Vgl. Geyer, Gerichtssaal 1875 S. 308 ff; Herzog, Goltd. Archiv 1881 S. 134 ff. Unrichtig Binding, Normen II S. 565 ff., der

das Bewußtsein des Thäters von dem begangenen Delicte, d. h. davon daß sich der Andere einer Handlung schuldig gemacht hat, welche sich thatsächlich als eine strafbare Handlung, und zwar als ein Verbrechen oder Vergehen darstellt, wozu im Falle der negativen Begünstigung (Sicherung vor Strafverfolgung) noch das Bewußtsein, daß diese Handlung strafbar sei, hinzukommt. Auch bei der Begünstigung wird in keiner Weise ein Einverständniß mit dem Schuldigen oder auch nur ein Bewußtsein desselben von dem ihm geleisteten Beistand erfordert.

7) Vollendet ist die Begünstigung mit dem zu dem betreffenden Zwecke dem Thäter geleisteten Beistand [32]. Dieser aber liegt erst dann vor, wenn dem Thäter in einer der genannten Beziehungen eine wirkliche Förderung zu theil ward. Nicht ausdrücklich gesagt im Gesetze, auch keineswegs durch allgemeine Grundsätze gefordert, ist dies dennoch demjenigen Standpunct entsprechend, welchen das Gesetz in der Behandlung der Theilnahme gewählt hat.

8) Ueber den Einfluß persönlicher Umstände gelten bei der Begünstigung nicht die Grundsätze des §. 50 des St.G.B. [33]), die vielmehr ausdrücklich auf die (übrigen) Arten der Theilnahme beschränkt sind, wonach der Begünstiger jedesmal wegen Begünstigung desjenigen Delictes und derjenigen Unterart des Delictes bestraft wird, welche nach den Verhältnissen des Thäters vorliegt. Eine Folgerung hiervon ist die, daß derselbe überhaupt nicht gestraft werden kann, wenn die That nach den Verhältnissen des Thäters sich für diesen überhaupt nicht als eine strafbare darstellt, wovon aber in der Specialvorschrift der §. 247 Absatz 3 und §. 289 Absatz 5 mit Recht eine Ausnahme gemacht ist.

9) Nach der selbständigen Stellung der Begünstigung wäre nicht zu bezweifeln, daß auch der Versuch derselben strafbar wäre, wenn nach der Strafhöhe hiervon die Rede sein könnte.

das Bewußtsein, daß es sich um ein Verbrechen oder Vergehen handelt, verlangt.

32) Anderer Meinung die Meisten, welche die zum Zwecke des Beistandes vollzogene Handlung für hinreichend ansehen. Richtig Herzog, Strafrechtszeitung 1871 S. 273; v. Buri, Gerichtssaal 1877 S. 38.

33) Anders (aus Versehen) die dritte Auflage.

Ebenso ist als strafbar anzusehen die Theilnahme an der Begünstigung, die sich keineswegs in allen Fällen als eine Begünstigung des Delictes selbst darstellt [34]); ja nicht ausgeschlossen ist die Begünstigung einer Begünstigung selbst, und nur das ist billig zu bezweifeln [35]), ob der Thäter sich der Theilnahme (etwa der Anstiftung) zu der Begünstigung seines eigenen Delictes strafbar machen könne. Und aus demselben Grunde ist die Möglichkeit eines Zusammentreffens der Begünstigung mit den (übrigen) Arten der Theilnahme gegeben [36]). Eine besondere Vorschrift ist freilich (St.G.B. §. 257 Absatz 3) hinsichtlich der vorher zugesagten Begünstigung gegeben, die vom allgemeinen Standpunct Anstiftung oder Beihülfe oder (wenn sie keinen Einfluß geübt hat) gänzlich straflos sein würde, nach der Vorschrift des Gesetzes aber stets als Beihülfe strafbar sein soll [37]), neben welcher nicht noch die Begünstigung selber zu strafen ist [38]).

10) Qualificirt sind beide Arten der Begünstigung im Falle der eigennützigen, „des eigenen Vortheils wegen" erfolgten Verübung, wobei unter Vortheil nicht bloß ein Vermögensvortheil [39]) und nicht bloß ein rechtswidriger [40]) Vortheil zu verstehen ist. (Eine Unterart der qualificirten Begünstigung ist die

34) Anderer Meinung Villnow S. 73.

35) Anderer Mg. Reichsgericht I 7. April 1881. Richtig Geyer, Zeitschr. für Strafrechtsw. 1882 S. 315 ff.; Herzog, Gerichtssaal 1882 S. 81 ff.

36) Anderer Meinung Schwarze (zu §. 257); Merkel, v. H. Handbuch IV S. 425; Villnow S. 68 ff.; v. Buri, Gerichtssaal 1877 S. 34 f.; Herzog daselbst 1877 S. 161 ff., 1882 S. 98 f.; Waldthausen S. 386 sowie das Reichsgericht I 7. April 1881 und eine Stuttgarter Entscheidung vom 20 October 1875.

37) Und nur als Beihülfe. Anderer Meinung Berner (S. 189), der im Falle wirklicher Anstiftung diese vorgehen läßt. Gemeint ist nicht nur Bestrafung, sondern auch Verurtheilung wegen Beihülfe (wichtig für die Frage des Rückfalls). Reichsgericht II 8. Juni 1883. Anderer Meinung v. Liszt S. 199.

38) Anderer Meinung v. Lilienthal, Kollectivdelict S. 25.

39) Anderer Meinung Merkel, v. H. Handb. III S. 742; Gretener S. 179; v. Buri, Gerichtssaal 1877 S. 47; Waldthausen S. 401.

40) Abweichend z. B. S. 263, wo ausdrücklich ein rechtswidriger (Vermögens-) Vortheil verlangt wird.

sog. persönliche Hehlerei, d. h. die des eigenen Vortheils wegen geleistete Begünstigung gewisser Vermögensdelicte, worüber unten im Besonderen Theil). Privilegirt dagegen, und zwar straflos, ist die Verübung zu Gunsten eines Angehörigen [41]), was aber nur auf die negative (persönliche) Art der Begünstigung Bezug hat, übrigens nicht ausschließt, daß die zum Zwecke der negativen (persönlichen) Begünstigung geleistete positive (sachliche) Begünstigung oder die zum Zwecke der Begünstigung eines Angehörigen geleistete Begünstigung eines Nichtangehörigen ihrerseits bestraft wird [42]). Gleichgültig ist es, aus welchem Beweggrunde der dem Angehörigen geleistete Beistand hervorging, wonach auch die qualificirte Begünstigung von jener Ausnahmebestimmung umfaßt wird. Dieselbe fällt aber weg bei vorheriger Zusage, wie im Gesetze ausdrücklich gesagt ist. Auch versteht sich von selbst, daß die Handlung strafbar ist, sobald sie aus einem anderen Gesichtspunct als strafbar erscheint.

11) Die sehr bestrittene Frage, ob die Begünstigung in irgend welchen Fällen Antragsdelict sei, scheint verneint werden zu müssen, da das Gesetz die Begünstigung als selbständiges Delict behandelt. Dennoch liegt in der Verweisung des §. 63 des St.G.B. auf die Begünstigung, eine Hinweisung darauf, daß das Gesetz in diesem Puncte die Consequenz jener Behandlung nicht habe ziehen wollen, sodaß also die Begünstigung in allen Fällen den Antrag erfordert, in welchen dies bei dem Delicte selber der Fall ist [43]).

12) Die Strafe der Begünstigung, die im Uebrigen als eine völlig selbständige bestimmt ist [44]), ist dennoch insofern

41) Vgl. St.G.B. §. 52 Absatz 2 und oben Seite 231.

42) Anderer Meinung Schwarze, Gerichtsaal 1872 S. 390; Merkel, v. H. Handb. III S. 741 Note 14. Richtig Olshausen N. 43 zu §. 257.

43) Anderer Meinung Villnow S. 70 ff.; Waldthausen S. 388, 391 f.; Merkel, v. H. Handb. III S. 738, IV S. 427 ff., welche die Begünstigung nur bei relativen Antragsdelicten als Antragsdelict ansehen; ferner Schwarze, Gerichtssaal 1872 S. 376; Herzog, das. 1877 S. 118, welche nur im Falle des §. 247 den Antrag erfordern; endlich Binding, Handb. I S. 637, welcher die Begünstigung in keinem Falle (selbst nicht in dem des §. 257 Absatz 3) als Antragsdelict ansieht.

44) Weit höher ging dieselbe zum Theil im früheren und geht sie

in ein bestimmtes Verhältniß zu derjenigen des Delictes selber gesetzt, als dieselbe niemals eine höhere als die des Delictes sein soll; eine Vorschrift, welche, in sich folgewidrig, hinsichtlich der qualificirten Begünstigung eine besondere Schwierigkeit herbeiführt. Da nämlich die Strafe der qualificirten Begünstigung ausschließlich Freiheitsstrafe ist, so ergiebt sich ein Widerspruch für die Fälle, in welchen das Delict selbst nur mit Geldstrafe bedroht ist, ein Widerspruch, der nur darin seinen Ausgleich finden kann, daß die Begünstigung eines mit Geldstrafe bedrohten Delictes nie als qualificirte Begünstigung bestraft werden kann, sondern immer nur als einfache Begünstigung in Betracht kommt[45]).

13) Als besondere Vorschriften über die Begünstigung sind theils diejenigen über die Hehlerei (vgl. oben unter Nr. 3, 6, 10), theils eine Vorschrift des Preßgesetzes (§. 16) zu erwähnen.

D. Die That hinsichtlich ihrer Rechtswidrigkeit oder die Lehre von den Schuldausschliessungsgründen.

§. 38 (46).

Im Allgemeinen.

1) Keine Handlung giebt es, die unter allen Umständen strafwürdig wäre; vielmehr können bei einer jeden Umstände vorliegen, welche sie im besonderen Falle als gerechtfertigt erscheinen lassen. Demgemäß sind die im Strafgesetz bedrohten Handlungen nur mit dem Vorbehalt unter Strafe gestellt, daß nicht derartige Umstände vorliegen, welche sie als gerechtfertigt erscheinen lassen, mit anderen Worten: welche ihre Rechtswidrigkeit ausschließen[1]). Dieselben werden Schuld-

im ausländischen, z. B. im englischen Rechte, und weit höher auch im geltenden Recht die Strafe einer Unterart der Begünstigung, nämlich der Hehlerei.

45) Anders Meves, Strafrechtszeitung 1873 S. 485 f.; v. Buri, Gerichtssaal 1877 S. 48, welche die obige Schwierigkeit dadurch lösen, daß sie die genannte Beschränkung nur auf die einfache, nicht auf die qualificirte Begünstigung beziehen.

1) Gegen die Vorstellung, daß durch den Schuldausschließungsgrund die Rechtswidrigkeit der That ausgeschlossen werde, mit

ausschließungsgründe genannt, im Gegensatz zu den Strafausschließungsgründen, d. h. denjenigen Umständen, welche, wie z. B. die Verjährung, trotz vorhandener Schuld den Wegfall der verwirkten Strafe zur Folge haben[2]).

2) Nicht zu verwechseln ist dies damit, daß bei einer großen Anzahl von Delicten die Rechtswidrigkeit der Verübung schon zu den Begriffsmerkmalen des Delictes gehört, indem entweder die Verletzung eines subjectiven Rechtes oder die Verletzung einer rechtlichen Einrichtung oder die schuldhafte Uebertretung einer rechtlichen Vorschrift unter Strafe gestellt ist. Verwischt wird dieser Unterschied von Denjenigen[3]), welche ein jedes Delict als den schuldhaften Verstoß gegen eine rechtliche Vorschrift ansehen. Doch ist selbst bei solchen Delicten, bei welchen (wie bei der Nöthigung, § 240) das Moment der Rechtswidrigkeit als ein positives Merkmal des Thatbestandes genannt ist, dies der richtigen Ansicht nach (vgl. oben Seite 199) nur auf die Abwesenheit der oben genannten Schuldausschließungsgründe zu beziehen.

3) Dabei hat hinsichtlich der Feststellung der Schuldausschließungsgründe dasselbe zu gelten, was hinsichtlich der Unzurechnungsfähigkeit (schon oben Seite 184 f.) gesagt wurde und was hinsichtlich der Strafausschließungsgründe zu sagen sein wird, daß nämlich zwar keineswegs die Abwesenheit eines solchen Umstandes jedesmal positiv festgestellt sein muss, daß aber anderseits, sobald die Möglichkeit eines solchen hervortritt, dieselbe beseitigt sein muß, bevor eine Verurtheilung eintritt.

4) Welche Umstände es sind, die als Schuldausschließungs-

Unrecht Geyer, krit. Viertelj. 1882 S. 445, von welchem das Wort Rechtswidrigkeit auf die unter 2 zu nennenden Fälle beschränkt wird.

2) Anders freilich die Strafprozeßordnung (§. 262, 266, 295), welche die Schuldausschließungsgründe als „Umstände, welche die Strafbarkeit ausschliessen" und die Strafausschließungsgründe als „Umstände, welche die Strafbarkeit wieder aufheben" bezeichnet. Anders auch das St.G.B. selbst, sofern in diesem unter der Ueberschrift „Gründe, welche die Strafe ausschliessen oder mildern", sowohl Schuld- als Strafausschließungsgründe zusammengefaßt werden.

3) So besonders von der sog. Normentheorie (siehe oben Seite 33 f.).

gründe erscheinen, ergiebt sich aus dem gesammten Rechtssystem[4]), wogegen im St.G.B. selbst nur zwei Schuldausschließungsgründe, nämlich der der Nothwehr (§ 53) und der des Nothstandes (§§. 52, 54) genannt sind[5]).

5) Jeder dieser Umstände wirkt entschuldigend nur innerhalb derjenigen Grenzen, innerhalb deren derselbe überhaupt anerkannt ist. Die Ueberschreitung derselben macht den Thäter strafbar, und zwar wegen des in der betreffenden Handlung liegenden Delictes, soweit nicht diese Ueberschreitung als ein besonderes Delict behandelt (St.G.B. § 339 ff.) oder ausnahmsweise für straflos erklärt ist (St.G.B. §. 53 Absatz 3).

6) Von dem Verhältniß dieser Schuldausschließungsgründe zu der subjectiven Verschuldung war schon oben (Seite 197) die Rede[6]), wobei noch in Betracht kommt, daß auch die in Ueberschreitung verübte vorsätzliche Handlung ein nur fahrläßiges Delict sein kann, wenn nämlich die Ueberschreitung selber auf Fahrläßigkeit beruhte.

7) Nicht steht der rechtlichen Wirkung eines Schuldausschließungsgrundes entgegen, daß der Thäter selbst es war, durch welchen die betreffende Sachlage herbeigeführt wurde, da auch die selbstverschuldete Nothwehrlage sich noch immer als eine Nothwehrlage, die selbstveranlaßte Amtshandlung noch immer als eine Amtshandlung darstellt u.s.w., mithin die Analogie der sog. actio libera in causa (vgl. oben Seite 191) keineswegs zutrifft[7]). Eine Ausnahme erleidet dies nur bei

4) Vgl. schon die Carolina Art. 150, daß eine Aufzählung im Gesetze selbst nicht möglich noch angemessen sei.

5) Vgl. etwa noch §. 193, wo eine Anzahl weiterer Schuldausausschließungsgründe mit Beziehung auf Beleidigung und Verleumdung genannt ist.

6) Nachzutragen ist, daß das Reichsgericht den rechtswidrigen Vorsatz nicht schon bei irrthümlicher Annahme eines Züchtigungsrechts, sondern nur bei irrthümlicher Annahme eines rechtlich anerkannten Grundes des Züchtigungsrechts als ausgeschlossen ansieht (Reichsgericht III 9. April 1881), was zu eng erscheint.

7) Anderer Mg. Binding, Normen II S. 203 f.; v. Buri, Gerichtssaal 1878 S. 469; Rotering, Goltd. Archiv 1882 S. 426, 1883 S. 265; Hrehorowicz, Grundbegriffe S. 345, 355.

dem Nothstand, der nach der Vorschrift des geltenden Rechts jedoch im Falle des §. 54) ein unverschuldeter sein muß.

8) Kein Widerspruch ist es, daß unter Umständen[8]) bei dem Vorhandensein eines Schuldausschließungsgrundes zwar die Strafbarkeit, nicht aber die Verpflichtung zum Schadensersatze hinwegfällt.

§. 39 (46, 47).

Im Einzelnen.

1) Wahre Schuldausschließungsgründe sind nur diejenigen, durch welche die Strafbarkeit einer jeden sonst strafbaren Handlung hinwegfällt. Nicht als Schuldausschließungsgrund erscheint somit

a) die Rechtlosigkeit des Verletzten, die abweichend vom älteren Recht[1]) überhaupt nicht mehr vorkommt, aber auch wenn sie vorkäme, kein Hinderniß sein würde, daß die betreffende Handlung im öffentlichen Interesse unter Strafe gestellt sein könnte;

b) der Umstand, daß dem Verletzten das Gleiche, was ihm vom Thäter zugefügt wurde, von Rechtswegen zu erdulden bestimmt war, wie insbesondere wenn Derselbe zu einer Strafe verurtheilt war, in welchem Falle es keiner Privatperson zusteht, den zum Tode Verurtheilten seinerseits zu tödten, den zur Freiheitsstrafe Verurtheilten seinerseits einzusperren[2]);

8) Vgl. das unten über den Nothstand Gesagte.

1) Es gehörte hierhin die Rechtlosigkeit der Sclaven, der Fremden, der Geächteten im älteren Recht, die ursprünglich völlige Schutzlosigkeit derselben bedeutete und erst später ermäßigt wurde Noch Reichs- und Landesgesetze des 16. und 17. Jahrh. erklärten die Zigeuner für vogelfrei. Ferner die Tödtungsbefugniß gegenüber dem Dieb und dem Ehebrecher nach römischem Recht, eine Befugniß, welche auch noch die Carolina (Art. 121) anerkannte und nur durch das Erforderniß der im Affect erfolgten Tödtung einschränkte. Vgl. über diese Fälle Abegg, Untersuchungen II S. 55 ff.

2) Beides wäre gewöhnliche Tödtung, gewöhnliche Freiheitsentziehung. Anders noch Feuerbach, nach welchem in diesem Falle nur eine außerordentliche Strafe eintreten sollte.

c) die Richtung der That gegen den Thäter selbst[3]), welche vielmehr nur insofern die Schuld ausschließt, als das Wesen des betreffenden Delictes die Richtung gegen einen Anderen erfordert, was nach dem geltenden Recht nicht nur bei den Vermögensdelicten[4]), sondern auch bei den meisten Delicten gegen die Person der Fall ist. So bei der Körperverletzung, wovon im geltenden Recht eine Ausnahme nur im Falle der Verletzung der Wehrpflicht (§ 142), nicht etwa auch im Falle sonstiger Verstümmlung oder im Falle der Unfruchtbarmachung gemacht ist[5]). So ferner bei der Tödtung, indem der sog. Selbstmord, bzw. der Versuch desselben zwar im früheren gemeinen Recht als strafbar behandelt wurde[6]), nicht aber nach dem geltenden Rechte bestraft wird[7]). Der Grund

3) Wächter, Archiv 1828 (Revision der Lehre vom Selbstmord); Falck, Archiv 1829; Lion, Goltd. Archiv 1858; Merkel, Rechtslexicon (Selbstmord); Wahlberg, Rechtslexicon (Selbstverletzung).

4) Keine Ausnahme bildet, dass die qualificirte Sachbeschädigung des §. 304 auch an der eigenen Sache begangen werden kann.

5) Anders das römische und mit ihm das frühere gemeine Recht, in welchem auch die Selbstcastration gestraft wurde, und anders verschiedene ausländische Rechte, nach denen nicht nur dieser Fall, sondern auch sonstige Selbstverstümmelungen und z. B. (wie nach dem japanesischen St.G.B.) das Sichtätowiren oder Sichtätowirenlassen gestraft wird. Vgl. Pelikan, Untersuchungen über das Skopzenthum Gießen 1876, ferner Gerichtssaal 1884 S. 209 f. und Zimmmermann, Goltd. Archiv 1881 S. 443, von welchem mit Recht eine Strafvorschrift gegen Selbstverstümmelung und Selbstunfruchtbarmachung verlangt wird.

6) Nicht auf Grund des römischen Rechts, welches nur Bestimmungen über den Selbstmord der Soldaten kannte sowie darüber, dass die dem Schuldigen drohende Vermögenseinziehung nicht durch den Selbstmord sollte abgewendet werden können, und ebensowenig auf Grund der Carolina, welche (Art 135) nur die Vorschriften des römischen Rechtes wiederholte. Wohl aber auf Grund des canonischen Rechtes, auf Grund dessen in der Praxis im Falle des vollendeten Selbstmords das kirchliche Begräbniß versagt, bzw. ein unehrliches Begräbniß angeordnet und der Versuch des Selbstmords mit geringeren Strafen belegt wurde. Letzteres auch nach ausländischem, z. B. englisch-amerikanischem Rechte

7) Strafe verhängt noch der bayerische Codex von 1751 und die

hierfür ist nicht, daß der Thäter der Regel nach unzurechnungsfähig wäre[8]), oder daß der Mensch zu sich selbst nur in einem sittlichen, nicht in einem rechtlichen Verhältnisse stünde[9]) oder daß das Delict stets einen vom Thäter getrennten Gegenstand voraussetzte[10]), sondern, daß das Interesse des Staats an der Verhinderung des Selbstmords nicht groß genug ist, um die in diesen Fällen meistens gebotene Nachsicht mit dem Thäter zu überwiegen[11]). Mit dem Selbstmord selbst ist auch die Theilnahme am Selbstmord straflos[12]), die aber mit Recht in früheren Gesetzen durch eine besondere Vorschrift unter Strafe gestellt war[13]). Nicht zweifelhaft aber ist, daß die gegen den Thäter selbst gerichtete Handlung in mehr Fällen gestraft werden könnte, als dies im geltenden Rechte der Fall ist[14]);

d) die Einwilligung des Verletzten[15]), d. h. der Fall, wenn der Wille des Verletzten mit der Verletzung über-

Theresiana von 1768, wogegen im Josephinischen Gesetzbuch von 1787 und dem preußischen Landrecht von 1794 jede Strafe hinwegfiel, nachdem die Naturrechtslehrer ein Recht des Einzelnen sich selbst zu tödten aufgestellt hatten.

8) So die Ansicht von Lion in der genannten Abhandlung.

9) Wächter, Köstlin, Hälschner.

10) Geib, Lehrbuch II S. 204; Roedenbeck, Zweikampf S. 35; Binding, Handbuch I S. 699.

11) Bestrafung verlangte Köstlin, neue Revision S. 685 (anders System S. 99); Sturm, Kommissivdelicte 1. Aufl. S. 443 ff.

12) Völlig irrig ist es, wenn Binding, Handbuch I S. 701 die Anstiftung zum Selbstmord als Tödtung erachtet.

13) So Braunschweig 1840, Baden 1845, Thüringen 1850, Sachsen 1855 und 1868.

14) Vgl. oben Anmerkung 5, ferner die Verletzung des Personenstandes (§. 169), bei welcher auch die Verletzung des eigenen Personenstandes, sowie die Brandstiftung (§§. 306, 308), bei welcher die Anzündung der eigenen Sache in größerem Umfange unter Strafe gestellt sein sollte, als dies im geltenden Rechte der Fall ist.

15) Stuebel, Archiv 1827; Hepp, Archiv 1830; Luden, Abhandlungen II S. 430 ff; Marezoll, quatenus verum sit volenti non fieri injuriam Leipzig 1858; Dorn, Goltd. Archiv 1853; Boehlau daselbst 1857; Wächter, Gerichtssaal 1868; Ortmann, Goltd. Archiv 1877, 1878; Zimmermann, Goltd. Archiv 1881; Kessler, die Einwilligung des Verletzten Berlin u. Leipzig 1884; Roedenbeck, Zwei-

einstimmt[16]), ein Umstand, dessen Einfluß auf die Strafbarkeit von jeher ein sehr bestrittener war und auch nach dem geltenden Recht mancherlei Zweifeln unterliegt. In dieser Beziehung ist es nun ebenso unrichtig, als Regel hinzustellen, daß die Einwilligung die Schuld ausschließt[17]), wie daß dies nicht der Fall sei[18]), da von beiden Sätzen jedenfalls die weitgreifendsten Ausnahmen gemacht werden müssten. Auch ist es nicht richtig, in dieser Beziehung zwischen den Delicten gegen den Einzelnen und den Delicten gegen den Staat, bzw. gegen öffentliche Interessen oder etwa zwischen den sog. Antragsdelicten und den übrigen Delicten unterscheiden zu wollen. Nicht zutreffend auch ist es, in dieser Beziehung zwischen veräußerlichen und nicht veräußerlichen Rechten zu unterscheiden[19]), da es nicht auf eine Veräußerung von Rechten ankommt. Und völlig unnöthig endlich ist es, den Umweg über die subjektive Verschuldung zu nehmen[20]) und der Einwilligung bei denjenigen Delicten schuldausschließende Wirkung einzuräumen, deren Vorsatz die Richtung gegen einen fremden Willen voraussetzt. Maßgebend ist vielmehr die Natur der betreffen-

kampf S. 28 ff., Gerichtssaal 1884 S. 124 ff.; Ullmann, Gerichtssaal 1885 S. 529 ff.

16) Anders Kessler, S 26, der die Einwilligung als die Uebereinstimmung des Willens des Verletzten mit dem Willen des Thäters definirt, was insofern nicht zutrifft, als die Einwilligung nicht blos bei vorsätzlichen Delicten in Betracht kommt; anders auch Binding Handbuch I S. 713, der die Rechtsübertragung hereinzieht, bei deren Vorhandensein es aber unnöthig ist, noch von Einwilligung zu sprechen.

17) So Feuerbach, Wächter, Seeger (Abhandlungen I S. XXII), Ortmann, Roedenbeck, Kessler, wofür meistens der römische Satz „volenti non fit injuria" (vgl. Lex 1 §. 5 Dig. de injuriis 47, 10) gebraucht wird, ein Satz, dem aber keineswegs eine so allgemeine Bedeutung zukommt, wenn seine Bedeutung auch im römischen Recht eine allgemeinere war (siehe unten), als dies nach heutigem Rechte der Fall ist.

18) So Jarcke, Marezoll, Geib.

19) So nach Vorgang älterer Juristen (vgl. Ullmann S. 535), Köstlin, Hälschner, Berner.

20) So Boehlau in der oben genannten Abhandlung.

den Delictsart[21]). Dabei versteht sich von selbst, daß der Begriff derjenigen Delicte durch die Einwilligung ausgeschlossen wird, zu deren Thatbestand ein Handeln gegen oder ohne den Willen des Verletzten verlangt wird, wie dies z. B. in den §§. 106, 177, 236, 240, 249, 252, 253, 297, 367 Nro 1, 368 Nro 10, 369 Nro 1 der Fall ist. Auch kann es sein, daß das einfache Delict durch die Einwilligung ausgeschlossen wird, wogegen das qualificirte Delict unberührt bleibt, wie dies z. B. bei der Sachbeschädigung (§§. 303, 304) der Fall ist. Wo aber die Einwilligung von Bedeutung ist, muß sie von dem Träger des betreffenden Rechtsgutes ertheilt sein[22]). Derselbe muß also, soweit es sich um eine physische Person handelt, verfügungsfähig sein, d. h. sich im entsprechenden Alter[23]) und im geistig gesunden Zustand befinden. Die Einwilligung selbst muß eine freiwillige und ernstlich ertheilte sein; dieselbe muß vor oder während der That ertheilt sein und im ersteren Falle noch während der That fortdauern[24]). Nicht nöthig ist, daß die Einwilligung zur Kenntniß des Thäters gelangt sei[25]), und nicht nöthig, daß dieselbe ausdrücklich ertheilt sei, wovon aber im geltenden Recht eine (unbegründete) Ausnahme bei der Tödtung (St.G.B. §. 216) gemacht ist. — Von der Einwilligung wohl zu unterscheiden ist das bloße Geschehenlassen der That, etwa zum Zwecke der Ueberführung. Und auch in dem Entgegentreten zum Kampfe,

21) So schon Hepp und Luden in den genannten Schriften, während die neuesten Darstellungen (Ortmann, Kessler) wieder eine allgemeine Unterscheidung versuchen.

22) Dies kann auch der Staat sein, sei es als Subjekt von Privatrechten, sei es als Inhaber der Polizeigewalt, soweit ein schuldhaftes Handeln gegen eine Polizeivorschrift vorliegt und den Behörden ein Dispensationsrecht zusteht

23) Dasselbe bestimmt sich, abgesehen von privatrechtlichen Verfügungen, durch das richterliche Ermessen.

24) Die für den Fall einer unwiderruflichen Rechtsübertragung gemachte Ausnahme (Binding, Handbuch I S. 713 f.) ist unnöthig, da dieser Fall überhaupt nicht zur Einwilligung gehört.

25) Anderer Mg. Kessler, Einwilligung S. 105 ff. (allgemein); Binding, Handbuch I S. 715 (für bestimmte Fälle).

insbesondere zum Zweikampf, ist nicht in allen Fällen eine Einwilligung in die eventuell zu erhaltenden Verletzungen zu erblicken [26]). Verübung ohne Kenntniß der Einwilligung ist nach den Grundsätzen über den Versuch, Verübung unter irriger Annahme der Einwilligung nach den Grundsätzen über den Irrthum zu behandeln. — Im Einzelnen ist Streit

α) bei der Tödtung, deren Strafbarkeit nach römischem Recht unzweifelhaft durch die Einwilligung aufgehoben wurde, ein Satz, der aber schon im früheren gemeinen Recht mindestens bestritten war [27]) und keinenfalls in die neueren Gesetzgebungen aufgenommen wurde, welche entweder eine geringere Strafe verhängten [28]) oder nach denen die gewöhnlichen Strafen der Tödtung zur Anwendung gebracht werden mußten [29]). Eine geringere Strafe verhängt auch das geltende Recht (§. 216), was aber auf den Fall eines ausdrücklichen Verlangens beschränkt ist;

β) bei der Körperverletzung, deren Strafbarkeit nach römischem Recht unzweifelhaft durch die Einwilligung ausgeschlossen wurde, ein Satz, der aber schon im früheren gemeinen Recht wenigstens für den Fall schwererer Verletzungen, nicht unbestritten war [30]) und auch in den neueren Gesetz-

26) Anderer Mg. die Meisten; richtig Hälschner, Gerichtssaal 1882 S. 7. Die Frage ist von Bedeutung für diejenigen Fälle des Zweikampfs, die nicht den Vorschriften des St.G.B. über den Zweikampf (§. 201 ff.) unterliegen. Freilich wird in vielen Fällen die Stellung zum Zweikampf thatsächlich eine Einwilligung enthalten, wie dies insbesondere bei den sog. Bestimmungsmensuren der Fall ist.

27) Für gemeinrechtlich gültig erklärte ihn Wächter (Lehrbuch S. I S. 104, Vorlesungen S. 192), der aber selbst angiebt, daß meistens auf eine (geringere) Strafe erkannt wurde.

28) So Württemberg 1839, Braunschweig 1840, Hessen 1841, Baden 1845, Sachsen 1855.

29) Ausdrücklich gesagt von Bayern 1813 und anzunehmen nach Hannover 1840, Preußen 1851, Bayern 1861, welche keine Bestimmung enthielten, indem sie sich augenscheinlich auf das Begnadigungsrecht verließen. Für Straflosigkeit nach den letztgenannten Gesetzen (ganz unrichtig) Dorn, Goltd. Archiv 1853 S. 331 ff.

30) Für gemeinrechtlich erklärte ihn Wächter; vgl. aber die bei Ullmann Angeführten (Matthaeus, Leyser), nach denen im Falle schwerer Verletzungen gestraft werden sollte.

gebungen mindestens nicht unbeschränkt anerkannt wurde [31]). Zweifelhaft ist die Frage nach dem geltenden Recht, in dessen Sinne aber anzunehmen ist, daß die Strafe der schweren Körperverletzung im Falle der Einwilligung nicht wegfällt [32]), daß dagegen die leichte Körperverletzung im Falle der Einwilligung in der That als straflos erscheint [33]);

γ) bei der Freiheitsentziehung [34]) deren Vorhandensein aber im Falle wirklicher und zur Zeit der That fortdauernder Einwilligung hinwegfällt;

δ) bei den Ehrverletzungen, die durch die Einwilligung zwar nicht begrifflich ausgeschlossen werden [35]), wohl aber in vielen Fällen thatsächlich, da und sofern durch die Zustimmung zu der ehrverletzenden Handlung der Verletzte sich selbst in entscheidender Weise herabsetzt;

ε) bei der falschen Anschuldigung (§. 164) und der

31) Thüringen 1850 und Sachsen 1855 verhängten im Falle schwerer Körperverletzung geringere Strafen.

32) Anderer Meinung Schwarze, Kommentar 4. Aufl. S. 155, Ortmann, Goltd. Archiv 1877 S. 100, Gerichtssaal 1883 S. 377; Zimmermann, Goltd. Arch. 1881 S. 440; Kronecker, Gerichtss. 1883 S. 219 ff.; Kessler, Einwilligung S. 9, 72. Doch ist nicht unwahrscheinlich, daß dasselbe Gesetz, welches bei der Tödtung eine ausdrückliche Herabsetzung der Strafe für nothwendig hielt, dieselbe bei der Körperverletzung der Strafzumessung (bzw. der Annahme mild. Umstände) überlassen wollte, wovon überdies im Reichstag ausdrücklich die Rede war.

33) Ebenso die Meisten, wogegen das Reichsgericht I 15. Nov. 1880, III 22. Febr. 1882 sich für die Strafbarkeit auch der leichten Körperverletzung im Falle der Einwilligung aussprach. Dies aus Anlaß eines Versuches nach §. 216, der nach Lage des Gesetzes sonst straflos gewesen wäre. Doch wäre es ein Widersinn, jede mit Einwilligung zugefügte leichte Körperverletzung als strafbar ansehen zu wollen. Innerhalb der „leichten" Körperverletzung aber noch einen Unterschied zu machen, dazu fehlt es an einem Anhalt im Gesetze. Die Straflosigkeit ist auszudehnen auch auf die Fälle des §. 223 a).

34) Außer §. 239 gehört hierhin auch §. 234, nicht aber der in Landesgesetzen (vgl. oben Seite 146 Anm. 6) bedrohte Negerhandel, der auch im Falle der Einwilligung als strafbar erscheint.

35) Anders die Meisten; richtig Hälschner, preußisches Strafrecht S. 239, deutsches Strafrecht I S. 472.

Verletzung des Personenstandes (§. 169), worüber im Besonderen Theil bei den betreffenden Delicten;

ζ) beim Ehebruch (§. 172), an dessen Strafbarkeit aber die Zustimmung des anderen Ehegatten nichts ändert [36]). — Am meisten Einfluß entfaltet die Einwilligung

η) bei den Vermögensdelicten, deren Strafbarkeit der Regel nach im Falle der Einwilligung des Verletzten hinwegfällt. Doch giebt es auch hier Ausnahmen, so das unerlaubte Kreditiren an Minderjährige (§§. 301, 302) und den Wucher (§§. 302[a] — §. 302[d]), sowie die qualificirte Sachbeschädigung (§. 304), letztere insofern, als unter Umständen, wie die Beschädigung eigener Sachen, so auch die mit Zustimmung des Eigenthümers erfolgte Beschädigung fremder Sachen unter Strafe gestellt ist;

e) obrigkeitliche, insbesondere polizeiliche Erlaubniß, durch welche die Strafbarkeit nur in denjenigen Fällen ausgeschlossen wird, die in dem Zuwiderhandeln gegen eine polizeiliche Vorschrift bestehen, nicht aber in anderen Fällen [37]), da den Behörden nicht das Recht von der Geltung der Strafgesetze zu befreien zusteht.

2) Wohl aber sind als wahre Schuldausschließungsgründe zu erkennen

a) die dem Thäter obliegende Amtspflicht, bzw. die demselben zustehende amtliche Befugniß, und zwar nach Maßgabe derjenigen Vorschriften, welche hierüber theils in Reichsgesetzen, theils in Landesgesetzen, bzw. in den auf Grund des Gesetzes erlassenen Verwaltungsvorschriften ertheilt sind [38]). Kraft seiner amtlichen Befugniß aber handelt der Be-

36) Anderer Mg. Binding, Handbuch S. 714. Allerdings kommt in Betracht, daß die Bestrafung des Ehebruchs nach dem geltenden Recht die vorher erfolgte Ehescheidung voraussetzt, diese aber nach den meisten Gesetzen im Falle der Zustimmung des anderen Theils hinwegfällt.

37) Anderer Meinung mehrere der Facultätsgutachten in der Schrift „das St.G.B. und polizeilich concessionirte Bordelle, Hamburg 1877.“ Etwas Anderes ist es, welchen Einfluß ein Irrthum über das Vorhandensein eines solchen Schuldausschließungsgrundes ausübt. Doch siehe auch hierüber oben Seite 197, 199.

38) Vgl. u. A. die Vorschriften über den Erfüllungszwang, die in den Prozeßgesetzen und in sonstigen Reichsgesetzen, z. B. dem Nahrungsmittelgesetz von 1879, enthalten sind. Insbesondere auch die Vorschrif-

amte so lange, als er sich, wenn auch bei unzweckmäßigem Handeln, noch innerhalb des seiner Erwägung überlassenen Spielraums befindet. Dies aber ist dann der Fall, wenn die betreffende Handlung a) überhaupt zu seinen Befugnissen gehört, b) die etwa vorgeschriebenen wesentlichen Formen gewahrt sind und c) ein vernünftiger Anlaß zu der betreffenden Maßregel vorlag;

b) die Ausübung einer dem Thäter obliegenden öffentlichen Dienstpflicht (z. B. als Militärperson, als Geschworener oder Schöffe), sowie die Ausübung einer demselben zustehenden allgemeinen gesetzlichen Befugniß, wie eine solche z. B. in §. 127 der Strafprozeßordnung [39]) ertheilt ist oder aus dem öffentlichen Wahlrecht, dem Versammlungsrecht u.s.w. hervorgeht;

c) die Ausübung eines dem Thäter zustehenden Züchtigungs- oder Disciplinarrechts [40]), in welcher Beziehung in Betracht kommt α) das Züchtigungsrecht innerhalb der Familie [41]), das nicht nur den leiblichen Eltern, sondern auch den Stief-, Adoptiv- und Pflegeeltern und unter Umständen auch den sonstigen älteren Familiengliedern und gewiß auch dem Vormunde [42]) zusteht; β) das Züchtigungsrecht der

ten über den Waffengebrauch des Militärs, der Gensdarmen oder Landjäger, der Forstbeamten, Zoll- und Steuerbeamten u.s.w. Insbesondere noch die Befugnisse, welche den militärischen Vorgesetzten, bzw. der militär. Wache zur Durchführung ihrer Befehle ertheilt sind (Militär-St.G.B. 124, 125). Vgl. Zimmermann, Gerichtssaal 1882 S. 266 ff., wo insbesondere auch die in den älteren Militärgesetzen enthaltene, in das geltende Recht nicht aufgenommene Befugniß, den im Gefechte Entfliehenden zu tödten, erwähnt wird.

39) Befugniß zur vorläufigen Festnahme des auf frischer That Ergriffenen, eine Befugniß, welche von Binding, Handbuch I S. 789 mit Unrecht zur Selbsthülfe gestellt wird.

40) Schwarze, Gerichtssaal 1877, Württembergisches Gerichtsblatt 1877 S. 314 ff., 355 ff., 419 ff.; Zimmermann, Gerichtssaal 1882 S. 299; Freudenstein, Erziehungsstrafrecht in Haus und Schule Minden 1882; Topf, das Strafrecht der Volksschule Wien und Leipzig 1884.

41) Vgl. Windscheid §§. 490, 514; Stobbe, deutsches Privatrecht IV S. 52, 320 f.; preuß. Landrecht II, 2 §. 86 ff.; II, 12 §. 50 ff.

42) Anderer Meinung Freudenstein S. 12.

Lehrer und Erzieher, das dem Privatlehrer allerdings nur in einer von dem der Eltern abgeleiteten Weise, dem öffentlichen Lehrer aber unabhängig hievon und nicht bloß innerhalb, sondern unter Umständen auch außerhalb der Schule zusteht; γ) das Züchtigungsrecht des gewerblichen Lehrherrn, dem nach der Gewerbe-Ordnung §. 127 das Recht der väterlichen Zucht zusteht; δ) das Züchtigungsrecht des Schiffers gegenüber den Schiffsleuten[43]; ε) das Züchtigungsrecht gegenüber den Strafgefangenen[44]; ζ) das Disiplinarstrafrecht im Heer und in der Marine[45]; η) das Disciplinarstrafrecht gegenüber den öffentlichen Beamten[46]; ϑ) das Disciplinarstrafrecht innerhalb der vom Staate verschiedenen Vereine und Gesellschaften[47], inbesondere das Zuchtrecht der Kirche[48]. — Kein Züchtigungrecht steht nach dem geltenden Recht zu dem Ehemann gegenüber der Ehefrau[49], der Dienstherrschaft gegenüber dem Gesinde[50],

43) Seemannsordnung §. 79.

44) Bis jetzt landesrechtlich verschieden (auch hinsichtlich der körperlichen Züchtigung).

45) Vgl. die Disziplinarstrafordnung für das deutsche Heer vom 31. October 1872, für die deutsche Marine vom 23. November 1872 (in letzterer körperliche Züchtigung, §. 4).

46) Vgl. das Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873 und die Beamtengesetze bzw. Disciplinargesetze der einzelnen deutschen Staaten (württembergisches Beamtengesetz von 1876, preußische Disciplinargesetze von 1851 (1856) und 1852).

47) Das Disciplinarrecht geselliger Vereine stellt in Abrede Binding, Handbuch I S. 796; vgl. aber oben Seite 10 f.

48) Vgl. das preußische Gesetz vom 12. Mai 1873 (3 Monat Freiheitsstrafe und 90 Mark, bzw. ein einmonatliches Einkommen als Geldstrafe); das württembergische Gesetz vom 30. Januar 1862 (14 Tage Freiheitsstrafe und 68 Mk.). Dabei wird hinsichtlich der Freiheitsstrafe vorausgesetzt, daß der Verurtheilte zustimmt.

49) Abgesehen von Bayern, wo das bayerische Landrecht von 1756 dem Ehemann in der That ein solches Recht zuspricht. Vgl. eine Entscheidung des Münchner O.A.G. vom 17. April 1875.

50) Auch die preußische Gesindeordnung (von 1810) bestimmt nur, daß durch grobe Ungebühr veranlaßte geringere Thätlichkeiten nicht strafbar sein sollen. Reichsgericht I 12. April 1880. Anderer Meinung (für exorbitante Fälle) Binding, Handbuch I S. 799, was aber nur de lege ferenda richtig erscheint.

dem Erwachsenen als solchem gegenüber dem Kinde [51]), hinsichtlich dessen aber die vermuthete Einwilligung der Eltern in Betracht kommt. — Die Grenze dieses Züchtigungrechts bestimmt sich, soweit sie nicht gesetzlich feststeht, durch richterliches Ermessen; doch ist der Richter an die auf Grund des Gesetzes erlassenen Verwaltungsvorschriften gebunden [52]) Ungültig dagegen sind solche Verwaltungsanordnungen, durch welche auch eine Ueberschreitung des Züchtigungsrechts nur für disciplinär strafbar erklärt wird [53]). Immer darf die Disciplinarstrafe nur zur Erzwingung eines den Zwecken der betreffenden Gemeinschaft entsprechenden Verhaltens, niemals also zu unsittlichen Zwecken angewandt werden. Daß dieselbe nie in einer das Leben gefährdenden Behandlung, nie in einer Gesundheitsbeschädigung und nie in einer längeren Freiheitsentziehung bestehen dürfe [54]), ist nur für die meisten Fälle richtig, da z. B. das Züchtigungsrecht nach der Seemanns-Ordnung §. 79 darüber hinausgeht;

d) die Ausübung eines rechtlich anerkannten Berufes, wobei unter Beruf die Ausübung derjenigen Thätigkeit zu verstehen ist, welcher die Zeit und die Kräfte des Betreffenden ganz oder theilweise gewidmet erscheinen [55]). Hierhin gehören die Eingriffe des Arztes in die körperliche Integrität des Kranken [56]), die nicht genügend aus dem Gesichtspuncte der Einwilligung [57]) gerechtfertigt sein würden.

51) Anderer Meinung Schwarze, Gerichtssaal 1877 S. 613; Binding, Handbuch I S. 800, was aber wiederum nur de lege ferenda als richtig erscheint. Richtig Reichsgericht III 9. April 1881.

52) Reichsgericht III 14. April 1880, I 24. November 1881.

53) Reichsgericht III 14. April 1880, II 18. Dec. 1883 — Etwas Anderes ist, daß nach den Disciplinargesetzen für Heer und Marine geringere Straffälle der disciplinären Ahndung überlassen werden können.

54) Binding, Handbuch I S. 798.

55) Vgl. die früheren Auflagen; ferner Geyer, Grundriß S. 79; Binding, Handbuch I S. 213; v. Liszt, Lehrbuch S. 124, von welchem übrigens nur der öffentliche Beruf erwähnt wird. Anderer Meinung Olshausen (N. 14 zu §. 51), von welchem der Beruf als Schuldausschließungsgrund verneint wird.

56) Abegg, Goltd. Archiv 1865 S. 324 ff.; Rotering daselbst 1882 S. 179 ff.

57) Anderer Meinung Sontag, krit. Viertelj. 1876 S. 20; Kess-

Nichts ist strafbar, was der Arzt zu Zwecken der Heilung [58]) unternimmt, sofern er sich dabei mit den Regeln der Heilwissenschaft in Uebereinstimmung befindet. Doch muß es der zugezogene Arzt sein, wobei theils der Wille des Kranken selbst, theils der seiner Umgebung, theils die öffentliche Anstellung des Arztes in Betracht kommt, stets aber der Wille des zurechnungsfähigen Kranken vorgeht. Nur ein Theil der ärztlichen Berufshandlung ist die sog. Perforation [59]) d. h. die Zerstückelung des ungeborenen Kindes im Mutterleib, zu welcher der Arzt als berechtigt und verpflichtet anzusehen ist, sobald eine normale Geburt als unmöglich erscheint. Dies aus dem Gesichtspunct berechtigten Heilverfahrens [60]), da der Gesichtspunct des Nothstandes (siehe unten) nach dem geltenden Rechte nicht zutrifft. Statt der Perforation zum sog. Kaiserschnitt zu schreiten, ist er nur dann berechtigt, wenn die Schwangere selbst oder im Falle der Bewußtlosigkeit ihre Umgebung zustimmt. — Zu den berechtigten Berufshandlungen [61]) gehört auch der Thierversuch, insbesondere die sog. Vivisection, die ohnedies als Thierquälerei (St.G.B. §. 360 Nr. 13) strafbar sein könnte, und zu welcher nicht nur Aerzte, sondern, im wirklichen Dienste der Wissenschaft und innerhalb der Grenzen desselben, auch andere Personen befugt sind;

ler, Einwilligung S. 77; Hälschner, das Strafr. I S. 471. Richtig Geib II S. 225, Schütze S. 115, v. Liszt S. 124, Binding Hdb. I S. 802.

58) Unerlaubt wäre die Abkürzung der Leiden durch Herbeiführung eines schnelleren Todes, erlaubt nur die Verwandlung eines qualvollen in einen schmerzlosen Tod. Binding Handb. I. S. 803.

59) Mittermaier, Archiv 1825; Wessely, Nothstand und Nothwehr S. 28 f.; Geib, Lehrb. II S. 22 ff.; Janka, Nothstand S. 262 — Eine ausdrückliche Vorschrift enthält das St.G.B. für New-York v. 1881.

60) Anders Wächter, Lehrbuch II S. 120 f., der den nasciturus in diesem Falle als „pars viscerum" behandelt (nicht völlig klar Vorlesungen S. 337); Schwarze (zu §. 54), der den Arzt als Werkzeug der Mutter ansieht und danach Nothstand annehmen kann; Olshausen (zu §. 54), der durch eine einschränkende Auslegung der Vorschriften über Kindesmord und Abtreibung zu helfen sucht; endlich Hertz, Unrecht S. 105, der eine Art Nothwehr annimmt.

61) Anders v. Liszt, der auch hier den Gesichtspunct des Nothstandes heranzieht.

e) das Handeln auf Grund eines rechtlich verbindlichen Befehls[62]), wobei jedoch in Betracht kommt, daß dem Befehl, eine sonst strafbare Handlung zu vollziehen, der Regel nach keine verbindliche oder auch nur entschuldigende Kraft zukommt[63]). Ausnahmsweise aber ist dies allerdings der Fall[64]), einmal nämlich wenn es sich im militärischen Dienstverhältniß um eine bloße Uebertretung handelt[65]) und sodann, wenn der Befehl eines Schiffsvorgesetzten vorliegt, dem die Seemanns-Ordnung unbedingt verpflichtende Kraft beilegt[66]). Vgl. auch landesgesetzliche Vorschriften, wie die der Württemb. Verfassungsurkunde § 53 Absatz 2, wo dem Beamten gegenüber einem gesetzwidrigen Befehl nur das Recht Vorstellungen zu machen gewährt, eventuell aber ihm die Ausführung desselben zur Pflicht gemacht wird. Anders das Reichsbeamtengesetz §. 10, durch welchen in jedem Falle der Beamte selbst für die Gesetzmäßigkeit seiner Handlungen verantwortlich gemacht wird. Doch ist zu erwägen, daß auch diejenige Amtshandlung gesetzmäßig ist, deren rechtliche Zuläßigkeit zu prüfen den Umständen nach Sache der Vergesetzten ist, ohne daß diese Prüfung zugleich als Sache der Untergebenen angesehen werden könnte. Soweit aber der Untergebene durch den Befehl nicht gedeckt ist, versteht sich von selbst, daß er als Thäter, der Befehlende aber als Anstifter erscheint; schief ist es, den Befehlenden als Thäter, den Ausführenden nur als Theilnehmer, wenn auch als Mitthäter zu betrachten[67]). Selbstverständlich bildet der Befehl einen Schuldausschließungsgrund, wenn der

62) Brauer, Gerichtssaal 1856 I S. 381 ff.; Hecker, Goltd. Archiv 1882 S. 120 ff.

63) Auch nicht im militärischen Dienstverhältniß, wie im Militär-StG.B. §. 47 ausdrücklich gesagt ist, der sich aber nur auf Verbrechen und Vergehen bezieht. Gegen diese Bestimmung freilich Hecker, Goltd. Archiv 1882 S. 121 ff.

64) Lex 169 pr. Dig. de regulis juris 50, 15: Is damnum dat, qui jubet dare; eius vero nulla culpa est, cui parere necesse sit. Auch Lex 4 eod., Lex 167 § 1 eodem. — Code pénal Art. 327.

65) Vgl. den genannten §. 47 des Militär-StG.B.

66) Seemanns-Ordnung §§. 30, 32.

67) Wie dies im Militär-St.G.B. §. 47 geschieht. Aehnlich übrigens

Thäter durch ihn in einen Nothstand (vgl. unten) versetzt sein sollte;

f) die Ausübung berechtigter Selbsthülfe[68]), d. h. die Befriedigung eines dem Thäter zustehenden privatrechtlichen Anspruches durch eigenmächtigen Eingriff in den Rechtskreis des Anderen[69]). Der Regel nach durchaus unerlaubt[70]), da zur Durchführung eines privatrechtlichen Anspruches die Klage bei den Gerichten bestimmt ist, ist die Selbsthülfe ausnahmsweise allerdings gestattet, nämlich theils in bestimmten Verhältnissen[71]), theils allgemein[72]), wenn es sich um einen unwiederbringlichen Schaden handelt und die Hülfe des Staates zu spät kommen würde[73]). Als Delicte, welche durch Selbst-

schon Carpzov, der über den auf Befehl seines Herrn delinquirenden Knecht nur eine außerordentliche Strafe verhängt.

68) Goltdammer, Materialien I S. 424; Wahlberg, Rechtscharacter der Selbsthülfe Wien 1879 (Sep. A.); Merkel, Selbsthülfe (Rechtslexicon); Wendt, Faustrecht Jena 1883 (Jherings Jahrb. 1881.)

69) Es gehört hierhin also nur die angreifende (aggressive) oder Selbsthülfe im engeren Sinne, wogegen die vertheidigende (defensive) Selbsthülfe oder Nothwehr einen besonderen Platz einnimmt. — Mit Unrecht erblicken in ersterer einen Fall des Nothstandes Wessely, Nothstand und Nothwehr S. 3 f.; Stammler, Nothstand S. 11

70) Ja, es war im früheren gemeinen Recht und in mehreren neueren Gesetzen die Selbsthülfe als solche (also nicht bloß, wenn sie in der Form eines anderen Delictes auftritt) unter Strafe gestellt, worüber im Besonderen Theil.

71) Vgl. die privatrechtlichen Vorschriften über überhängende Bäume, über das Holen von Früchten auf einem fremden Grundstück, über das (deutschrechtliche) Pfändungsrecht des Grundbesitzers und über das Recht des Jagdberechtigten zur Abpfändung des Gewehrs und zur Tödtung schädlicher Thiere.

72) Vgl. Lex 10 §. 16 Dig. quae in fraudem creditorum 42, 8; preussisches Landrecht Einleitung §. 78, I 10 § 16; sächs. bürg. Gesetzbuch §. 178—185.

73) Weitergehend das mittelalterliche Recht, nach welchem die Selbsthülfe (das Faustrecht) schon dann erlaubt war, wenn der Thäter vergeblich Recht gesucht hatte oder die Betretung des Rechtweges aussichtslos schien. Wächter, Beilagen S. 89 ff; Osenbrüggen, Studien S. 203.

hülfe entschuldigt sein können, erscheinen hauptsächlich Nöthigung und Hausfriedensbruch, aber auch Sachbeschädigung und Körperverletzung; ja es ist nicht ausgeschlossen, daß durch berechtigte Selbsthülfe auch einmal eine Tödtung gerechtfertigt sein kann[74]). Niemals aber dürfen zum Zwecke der Selbsthülfe andere als unumgängliche Verletzungen zugefügt werden. Auch kann, wenn es sich um ein Recht auf eine Sache handelt, nur die Wegnahme gerade dieser Sache, nicht auch die Wegnahme einer andern Sache gestattet sein, es sei denn, daß diese Wegnahme nicht zum Zwecke der Zueignung, sondern nur als Pfandnahme gemeint ist[75]). — Nicht ist gegen die Selbsthülfe Nothwehr gestattet, da dieselbe sich nicht bloß als entschuldigt, sondern als eine rechtliche Befugniß darstellt[76]);

g) die Fälle der Nothwehr und des Nothstandes[77]), worüber in den folgenden Paragraphen (§§. 40, 41).

§. 40 (48).
Die Nothwehr[1]).

1) Während die angreifende Selbsthülfe nur einen sehr beschränkten Raum hat, ist die vertheidigende Selbsthülfe oder

74) Eine Begrenzung auf nicht unverhältnißmäßige Verletzungen ist im geltenden Recht ebenso wenig wie bei der Nothwehr (siehe unten) enthalten.

75) Näheres in der Lehre vom Diebstahl.

76) Binding, Handbuch I S. 790.

77) Beide beruhen auf verschiedenem Grunde, und keineswegs ist etwa die erstere als eine Unterart des letzteren zu betrachten. A. Mg. Binding, Handbuch S. 755 Anm. 2. Vgl. auch die ungenaue Ausdrucksweise des Gesetzes in § 54 („außer dem Falle der Nothwehr").

1) Grattenauer, über die Nothwehr Breslau 1806; Luden, Abhandlungen II S. 475 ff, Zachariae, Archiv 1841, 1843; Zoepfl, Archiv 1842, 1843; Berner, Archiv 1848; Krug, Gerichtssaal 1856; Levita, Recht der Nothwehr Jena 1856; Seeger, Abhandlungen I S. 173 ff.; Geyer, Lehre von der Nothwehr Jena 1857, v. H. Rechtslexicon; Abegg, krit. Vierteljschrift 1859; Wessely, die Befugnisse des Nothstandes und der Nothwehr Prag 1862 S. 35 ff.; Gregory, de inculpatae tutelae moderatione Hagae Comitis 1864; Schaper, v. H.

die sog. Nothwehr auch im geltenden Rechte in weitem Umfange gestattet. Nothwehr[2]) ist aber die nicht über die Grenzen der Vertheidigung hinausgehende Zurückweisung eines rechtswidrigen[3]) Angriffs, wobei theils diese Abwehr, theils aber auch schon die Lage des Angegriffenen selbst Nothwehr genannt wird. Rechtsgrund der Nothwehr ist nicht, daß der Angreifer durch den Angriff sich selbst rechtlos gemacht habe[4]), oder daß durch den Angriff der Rechtszustand selbst aufgehoben sei[5]), oder daß der Angegriffene als unzurechnungsfähig anzusehen sei[6]), oder daß er in einem Nothstande (siehe unten) sich befinde[7]), oder daß er berufen sei, das in dem Angriff liegende Unrecht im Namen des Staates zu strafen[8]). Vielmehr ist die Nothwehr im Wesen des Rechts selbst begründet, das durch die Zulassung der Nothwehr sich selbst gegenüber dem Unrecht behauptet. Und zwar ist durch Nothwehr der Thäter nicht nur entschuldigt, vielmehr ist es ein Recht, von welchem derselbe Gebrauch macht. Dabei gehört die Nothwehr in den allgemeinen Theil, da durch dieselbe nicht nur Körperverletzung und Tödtung, sondern auch die Verletzung sonstiger Rechtsgüter, deren Träger der Einzelne ist, gerechtfertigt sein kann.

2) Keineswegs ist das Recht der Nothwehr der geschichtlichen Entwicklung entzogen[9]); vielmehr hat es auch in dieser

Handbuch II S. 137 ff; Janka, Nothstand S. 1 ff.; Wahlberg, Schriften III S. 71 ff.; Glaser, Schriften S. 187 ff.; Friedrich, de inculpatae tutelae postulatis Berlin 1866; Stillmark, die Lehre von der Nothwehr Dorpat 1875.

2) Lateinisch inculpata tutela, in der Doctrin auch moderamen inculpatae tutelae genannt.

3) Ueber das Erforderniß der Gegenwärtigkeit des Angriffs siehe unten.

4) So, im Anschluß an Fichte, Zoepfl in der genannten Abhandlung.

5) So, im Anschluß an Kant, Grolman und Andere.

6) So Jarcke, Temme.

7) So Stillmarck in der genannten Abhandlung.

8) So Köstlin, Levita, Geyer, auch Wahlberg.

9) A. Mg. Geib, Lehrbuch I S. 228. Doch sind selbst in der

Beziehung an Verschiedenheiten nicht gefehlt. Voll anerkannt freilich im römischen Recht[10]), ist dasselbe auch im canonischen Recht, wenn auch mit Widerstreben[11]), anerkannt worden, und auch die Vorschrift des älteren deutschen Rechts, daß auch die Nothwehrhandlung unter Umständen[12]) die Verpflichtung zur Wergeldzahlung nach sich ziehen solle, mag nicht als eine eigentliche Beschränkung des Nothwehrrechtes erscheinen[13]). Eine wirkliche Beschränkung dagegen enthielt die Carolina[14]); zwar nicht insofern, daß in ihr nur eine Nothwehr für Leib und Leben anerkannt worden wäre (siehe unten), wohl aber insofern, daß die Berechtigung zur Nothwehr an die Unmöglichkeit einer übrigens unschimpflichen Flucht geknüpft war, eine Voraussetzung, welche in der nachfolgenden Praxis zu einer zum Theil höchst engherzigen Anwendung geführt hat[15]). Und eine andere Beschränkung enthielten verschiedene der neueren Gesetzgebungen, welche (siehe unten) nur die Zufügung solcher Verletzungen für zuläßig erklärten, die gegenüber dem Werthe des angegriffenen Gutes als nicht unverhältnißmäßig erschienen.

gegenwärtigen Gestaltung der Nothwehr positive Einschränkungen zu erkennen. Vgl. Gerichtssaal 1881 S. 35.

10) Vgl. die Aussprüche „vi vis illata defenditur"; „vim vi repellere licet" und dergl. Lex 1 §. 27 Dig. de vi 43, 16; Lex 45 §. 4 Dig. de lege Aquilia 9, 2; Lex 3 Dig. de justitia et jure 1, 1; Lex 1 Cod. unde vi 8, 4 und schon Cicero pro Milone c. 4 u. 9. Doch hat sich nach Pernice, Labeo II 21 ff. auch im römischen Recht die Anerkennung der Nothwehr nur langsam durchgesetzt.

11) Nach den Bußordnungen sollte die in Nothwehr zugefügte Verletzung nur den Vortheil einer milderen Bestrafung genießen.

12) Wenn nämlich der Thäter nicht rechtzeitig Klage gegen den getödteten Angreifer erhob.

13) Vgl. oben Seite 80 Anm. 30.

14) Die, im Anschluß an die Italiener und die Wormser Reformation, sehr ausführlich (Art 139—145, 150) von der Nothwehr handelt. Vgl. Brunnenmeister, Quellen der Bambergensis S. 120 f.

15) Vgl. insbesondere Gregory S. 187 ff., wo Fälle berichtet werden, in welchen sogar einem Soldaten zur Pflicht gemacht wurde, eher die Flucht zu ergreifen als sich zu wehren.

3) Voraussetzung der Nothwehr ist ein rechtswidriger Angriff. Derselbe braucht

a) nicht gerichtet zu sein gegen den Thäter selbst; vielmehr ist Nothwehr auch dann zulässig, wenn ein sonstiger rechtswidriger Angriff vorliegt, was aber im positiven Recht insofern beschränkt ist, als ein Angriff auf einen „Anderen“, oder auf eine andere Person verlangt wird[16]). Diese kann freilich auch eine juristische Person und auch der Staat selbst sein, letzterer jedoch nur in seinem Bestande oder sofern er als Subject von Rechten in Betracht kommt[17]). — Man ist also befugt, nicht nur einem Anderen in der Vertheidigung beizustehen, sondern auch für ihn die Vertheidigung zu übernehmen. Letzteres sogar gegen den Willen desselben, was nur in dem Falle eine (scheinbare) Ausnahme erleidet, wenn es sich um ein verfügbares Recht handelt und der Berechtigte dasselbe preisgiebt. Der Angriff braucht ferner

b) nicht gerichtet zu sein gegen Leib oder Leben, vielmehr kommen alle Rechtsgüter oder rechtlich geschützten Interessen in Betracht, deren Träger eine Person sein kann[18]). Neben dem Dasein und der Unversehrtheit der Person also auch die persönliche Freiheit, die Ehre[19]), das Hausrecht, die Familienrechte, die politischen und staatsbürgerlichen Rechte und endlich auch das Vermögen[20]). Und zwar ist nicht nöthig,

16) Vgl. oben Anmerkung 9. Noch weiter in der Beschränkung gingen Aeltere, die nur dem Thäter nahestehende Personen erwähnten oder doch meinten, daß nur für diese die Nothwehr übernommen, Anderen nur in Nothwehr beigestanden werden dürfe. Vgl. noch Hrehorowicz, Grundlagen S. 343.

17) Niemand ist also befugt zur Verhinderung strafbarer Handlungen als solcher, wobei aber die Befugniß zur Ergreifung auf frischer That (St.P.O. §. 127) in Betracht kommt.

18) Aufgezählt wurden sie in früheren Gesetzen, was auch von Wächter, Beiträge S. 104 ff. noch befürwortet wurde.

19) Die früher oft bestrittene thatsächliche Möglichkeit oder gar rechtliche Zulässigkeit einer Ehrennothwehr ist gegenwärtig allgemein anerkannt. Aeltere Schriftsteller (wie Grattenauer) erklärten sie nur für die höheren Stände als zulässig.

20) So der richtigen Ansicht nach schon nach der Carolina, die zu-

daß der Angriff z. B. auf das Vermögen überging in einen Angriff auf die Person, vielmehr kann Nothwehr auch selbständig zum Schutze des Vermögens geübt werden[21]). Dabei kommt als Vermögen nicht bloß das Eigenthum in Betracht, sondern auch der Besitz, und zwar nicht nur der juristische Besitz, sondern auch der Gewahrsam oder die Detention; ja es kann sein, daß dem Besitzer gegen den Eigenthümer, dem Detentor gegen den juristischen Besitzer ein Nothwehrrecht zusteht[22]). — Der Angriff muß aber

c) ein rechtswidriger sein, und zwar zunächst in dem Sinne, daß dem Angreifer selbst nicht ein Schuldausschließungsgrund zur Seite stehen darf[23]). Nothwehr ist also unzulässig gegen einen durch amtliche Befugniß[24]), durch Züchtigungsrecht u.s.w. gerechtfertigten Angriff, in welcher Beziehung auch die Nothwehr selbst in Betracht kommt. Anders, wenn eine Ueberschreitung jener Befugniß vorliegt, sodaß z. B. gegen die Ueberschreitung der Nothwehr selbst allerdings Nothwehr als zulässig erscheint. Sodann aber auch in dem Sinne, daß der Angreifer zurechnungsfähig sein muß[25]),

nächst nur Angriffe auf die Person im Auge hat, beiläufig aber auch den Schutz des Vermögens erwähnt. Anderer Mg. Luden, Zoepfl, Krug, v. Liszt. Jedenfalls dienten römische und canonische Stellen zur Ergänzung.

21) Wobei dann allerdings eine besondere Schwierigkeit hinsichtlich des Maßes der Abwehr eintritt (siehe unten).

22) Vgl. Binding, Handbuch I S. 745, der aber dem jurist. Besitzer nach Ablauf z. B. des Leihvertrags das Recht zuzugreifen ertheilt, während doch auch hier Selbsthülfe nur in den oben (S. 326 f.) angegebenen Grenzen gerechtfertigt sein kann.

23) Nicht zu verwechseln mit dem Fall, wenn der Thäter nur persönlich der Geltung des Strafgesetzes entrückt ist; Nothwehr ist also zuläßig gegen exterrritoriale Personen und das Staatsoberhaupt selbst.

24) Näheres unten bei dem Delict der Widersetzung, dem in älteren Gesetzen eine ganz ungebührliche Ausdehnung auch auf Widersetzung gegen rechtswidrige Handlungen von Beamten gegeben wurde.

25) Anderer Mg. Luden, Köstlin, Seeger, Levita, Marquardsen, Wahlberg, v. Liszt, Binding, Olshausen, Rotering (Goltd. Archiv 1882 S. 413 ff.); richtig Hälschner, Berner, Geyer, Oppenhoff, Schwarze, Janka, Stammler, Hrehorowicz. —

da durch den Seitens einer unzurechnungsfähigen Person geübten Angriff der Angegriffene zwar in Nothstand, nicht aber in Nothwehr versetzt wird, wobei allerdings die nur beschränkte Art, in welcher der Nothstand im geltenden Recht anerkannt ist, in Betracht kommt. — Der Angriff muß ferner

d) ein unmittelbarer oder gegenwärtiger sein, ein Erforderniß, welches sich keineswegs von selbst versteht, wohl aber aus naheliegenden Rücksichten der Rechtssicherheit hervorgeht[26]. Dasselbe bedeutet α) daß der Angriff begonnen haben muß[27], also nicht erst in der Zukunft bevorstehen darf, da gegen künftige Angriffe zwar Schutzmaßregeln[28] als zulässig erscheinen (auch solche, durch welche der Angreifer im Augenblicke der That verletzt wird), nicht aber eine jetzt zuzufügende Verletzung. Andererseits braucht mit der Verletzung selbst noch nicht begonnen zu sein[29]; vielmehr genügt es, wenn eine solche unmittelbar bevorsteht; β) daß der Angriff nicht schon vorüber sein darf, sei es daß derselbe fehlschlug oder aufgegeben wurde oder schon zu einer vollendeten Verletzung geführt hat; alles dies aber unter der Voraussetzung, daß nicht die Gefahr einer unmittelbaren Fortsetzung oder Wiederholung vorliegt. Eine nach schon erhaltener Verletzung zugefügte Verletzung würde nicht mehr als Nothwehr, sondern als Rache erscheinen. Doch ist in

Eine besondere Art erlaubter Selbsthülfe nimmt gegenüber dem Unzurechnungsfähigen an Wächter, sächsisch-thüring. Strafrecht S. 14.

26) Vgl. Gerichtssaal 1881 S 131.

27) Baden 1845, Hannover 1840, Bayern 1861 sprachen von einem begonnenen oder unmittelbar bevorstehenden Angriff, was aber mit Recht von Preußen 1851 und dem Reichs-St.G.B. abgelehnt wurde, da der Angriff (verschieden von der Verletzung) ein nicht erst bevorstehender sein muß.

28) Bekker, Theorie S. 604 ff.; v. Bar, Kausalzusammenhang S. 85 ff.; Boehlau, Goltd. Archiv 1865 S. 472 ff.; Rotering, daselbst 1882 S. 415 ff; Sommerlad, die Straflosigkeit von Vorsichtsmaßregeln Gießen 1883.

29) Gegenüber dem Bamberger Stadtrecht ausdrücklich gesagt in der Carolina (Art. 140): „ist auch mit seiner gegenweer, bis er geschlagen wirdt, zu warten nit schuldig." Vgl. auch Lex 1 Cod. quando liceat 3, 27: „Melius est occurere in tempore, quam post exitum vindicare."

dieser Beziehung nicht die juristische Vollendung des im Angriff liegenden Delictes, sondern die thatsächliche Verletzung selbst als maßgebend zu betrachten. Nothwehr ist danach zulässig auch gegen den mit der Sache entfliehenden Dieb, da die in dem Diebstahl liegende Verletzung[30]) erst dann als vollendet erscheint, wenn es dem Bestohlenen nicht mehr möglich ist sich sofort wieder in den Besitz der entzogenen Sache zu setzen[31]). — Nicht aber ist erforderlich

e) daß der Angriff ein vorsätzlicher sei, daß er in einer Gewaltthat bestehe[32]), daß er seinerseits strafbar sei[33]) und ebensowenig[34]), daß er ein von Seiten des Angegriffenen unverschuldeter war[35]) oder von demselben nicht vorhergesehen wurde[36]). Und endlich versteht sich von selbst,

f) daß der Angriff ein mittelbarer sein kann in dem Sinne, daß der Angreifer etwa ein Thier hetzt und dgl. Nicht aber gehört hierhin der Fall, wenn der Angreifer sich einer unzurechnungsfähigen Person bedient oder ein im Irrthum Handelnder oder Gezwungener von ihm benutzt wird, da die zur Abwehr verübte Verletzung einer solchen Person nicht eine Verletzung des Angreifers sein würde, mithin nicht durch Nothwehr, sondern nur durch Nothstand gerechtfertigt sein kann.

30) Abweichend vom Diebstahl selbst; vgl. den Besonderen Theil. Eine ausdrückliche Vorschrift enthielt Württemberg 1839.

31) Vgl. die civilrechtlichen Vorschriften über den Verlust des Besitzes; insbesondere Lex 3 §. 9 D. de vi et de vi armata 43, 16, eine Stelle, die zunächst allerdings nur auf den Besitz von Grundstücken Bezug hat.

32) Anders mehrere der früheren Gesetze, so Württemberg 1839, Baden 1845, Bayern 1861, wobei aber Württemberg und Bayern den Fall des fliehenden Diebes besonders erwähnten.

33) Nothwehr ist zulässig auch gegen fahrlässige Sachbeschädigung, die nach dem geltenden Recht nicht bestraft wird.

34) Abgesehen davon, daß der Angriffene nicht seinerseits den Angreifer in Nothwehr versetzt haben darf. Ueber den Fall der absichtlichen Herbeiführung der Nothwehrlage siehe oben Seite 312 f.

35) Anders Leyser, Boehmer, Feuerbach, Henke und verschiedene ältere Gesetze, so Hannover 1840.

36) Vgl. schon die Entscheidung bei Seeger, consilia Tübingensia S. 68 ff.

4) Straflos ist nun die gegen einen solchen Angriff stattfindende Vertheidigung, sofern zum Zwecke derselben dem Angreifer eine nicht über die Grenze einer angemessenen Vertheidigung hinausgehende Verletzung zugefügt wurde. Was aber die Frage betrifft, welche Vertheidigung eine angemessene sei, so wäre

a) denkbar, daß in dieser Beziehung ein bestimmtes Werthverhältniß zwischen dem angegriffenen und dem verletzten Gute erfordert würde, nämlich daß dem Angreifer nur soviel Verletzung zugefügt werden dürfe, als er selber dem Angegriffenen zuzufügen gedroht hat [37]). Da jedoch hierin nichts Anderes als ein Preisgeben von Rechtsgütern gegenüber rechtswidrigen Angriffen liegen würde, so hat sich das geltende Recht mit Recht [38]) nicht in diesem Sinne entschieden.

b) Allein maßgebend ist vielmehr die Art und Weise sowie die Stärke des rechtswidrigen Angriffs, indem jede Vertheidigung, welche zur Abwehr erforderlich ist, für zulässig erklärt ist [39]). Einleuchtend für jeden Angriff auf die Person, schließt dieser Maßstab allerdings eine Härte in sich für den Fall, wenn ein Angriff auf ein geringeres Rechtsgut vorliegt, ohne daß zugleich die Person bedroht ist und ohne daß der Angreifer vielleicht weiss, daß der Berechtigte zur Abwehr bereit ist, diesem selbst aber kein anderes Mittel der Abwehr als eine persönliche Verletzung des Angreifers freisteht [40]). Da aber diese Härte nur auf Kosten des Rechtes vermieden werden könnte, wäre es

37) So eine Richtung der gemeinrechtlichen Lehre, auch Württemberg 1839, Hessen 1841, Baden 1845.

38) Anderer Mg. v. Buri, Kausalität S. 93; Geyer v. H. Handbuch IV Rechtslexicon (Nothwehr), Grundriß I. S. 81, welcher Letztere hier von einer wahren Todtschlagsmoral redet, dabei aber verkennt, daß es sich eben nicht um eine moralische, sondern rechtliche Beurtheilung handelt.

39) Vgl. oben Lex 45 §. 4 Dig. ad legem Aquilam 9, 2; l. 9 Dig. ad legem Corneliam 48, 8.

40) Man denke an solche Fälle, wie wenn Jemand vom Fenster aus Zeuge einer ihm zugefügten Entwendung ist, oder wenn es sich darum handelt, dem Davoneilenden die Sache wieder abzunehmen (schon erwähnt in den Anmerkungen zum bayerischen St.G.B. von 1813). Vgl. auch den bei Wächter (Vorlesungen S. 177) erwähnten Fall einer Katzenmusik.

unrichtig, ihre Beseitigung vom Rechte selbst zu verlangen. Keinenfalls ist eine solche darin zu erblicken[41]), daß das geltende Recht von einer durch Nothwehr „gebotenen" Handlung spricht, worunter vielmehr nur das erforderliche Maß der Vertheidigung zu verstehen ist.

c) Maßgebend sind also die Umstände des einzelnen Falles, einschließlich der Persönlichkeit des Angegriffenen[42]), immer aber in dem Sinne, daß es auf die objective Sachlage, nicht auf die subjective Meinung des Thäters ankommt, die vielmehr nur bei der subjectiven Verschuldung in Betracht kommt.

d) Stets aber ist das geringere Mittel, wenn dies ausreicht und zur Hand ist, vor dem schwereren zur Anwendung zu bringen. So muß nach Lage der Sache der Verletzung oder gar der Tödtung die Bedrohung des Angreifers vorausgehen, ohne daß jedesmal eine der Verletzung vorangehende Bedrohung verlangt werden dürfte.

e) Nicht aber ist der Angegriffene, wo er selbst sich zu wehren im Stande ist, verpflichtet, sich der Hülfe Anderer zu bedienen, wovon auch die Heranziehung obrigkeitlicher Hülfe keine Ausnahme begründet[43]). Und noch weniger ist nach dem geltenden Recht der Angegriffene verpflichtet, sich vor dem Angriff zurückzuziehen oder zu fliehen, ein Erforderniß welches im älteren Recht wenigstens für den Fall aufgestellt war, daß dies in unschimpflicher Weise geschehen konnte[44]).

41) Anderer Meinung Oppenhoff Nr. 2, 3 zu §. 53; richtig Olshausen Nr. 2 zu §. 53, daß die Nothwehrhandlung niemals geboten sei.

42) Daß diese mit berücksichtigt werden muß, hat das Mißverständniß veranlaßt, als ob es sich um einen rein subjectiven Maßstab handle. So Hertz, Unrecht S. 104; Binding, Handbuch I S. 751, Berner 14. Aufl. S. 109. Richtig Olshausen Nr. 11 zu §. 53; Reichsgericht II 28. October 1879.

43) Anderer Meinung Köstlin, Seeger, Geyer, Schütze, Schwarze, v. Buri (Gerichtssaal 1878 S. 468) und Württemberg 1839. Richtig Hälschner, pr. Strafr. I S. 255, deutsches Strafr. I S. 478; Olshausen Nr. 2 zu § 53; Binding, Handbuch I S. 734.

44) So in der Carolina Art. 140, die aber dadurch noch nicht verantwortlich ist für die engherzige Auffassung der späteren Praxis. Vgl. auch den englischen Entwurf von 1878. Auch für das heutige Recht anderer Meinung Geyer, Rechtslexicon (Nothwehr) Grundriß I S. 82.

f) Nicht ausgeschlossen ist, daß die Abwehr auch in einer Vernichtung des Angriffsmittels bestehen kann[45]; daß dieselbe auch in der Form eines Gegenangriffs als zulässig erscheint[46]) und ferner daß dieselbe auch einmal durch eine sonst strafbare Unterlassung verübt wird[47]). Dieselbe hört endlich nicht auf straflos zu sein, auch wenn sie in Wahrheit zu einem über die Abwehr hinausgehenden rechtswidrigen Zwecke verübt wird[48]).

5) Nicht durch Nothwehr gerechtfertigt sind natürlich solche Handlungen, welche, ohne daß die Voraussetzungen der Nothwehr vollständig erfüllt wurden, verübt sind[49]); und ebensowenig Handlungen, welche in Ueberschreitung oder sog. Exceß der Nothwehr verübt wurden; Letzterer kann, wie die Ueberschreitung jeder anderen einen Schuldausschließungsgrund darstellenden Befugniß theils ein vorsätzlicher, theils ein fahrlässiger sein, wobei auch hier (vgl. oben Seite 312) die in Ueberschreitung verübte vorsätzliche Handlung ein fahrlässiges Delict sein kann. Dabei greift aber hier die durchaus singuläre Vorschrift[50]) Platz, daß unter Umständen, nämlich bei dem Vorliegen bestimmter Affecte[51]), die an sich schuldhafte Ueberschreitung für straflos erklärt ist, was sowohl auf den Fall vorsätzlicher[52]), wie fahrlässiger Ueberschreitung zu beziehen ist. Genannt sind die Affecte der Bestürzung, der Furcht und des Schreckens, wobei zwar eine Ausdehnung auf gleich-

45) Abgesehen von der Verletzung einer unzurechnungfähigen Person, hinsichtlich deren das oben (S. 331 f.) Gesagte in Betracht kommt.

46) Reichsgericht II 30. September 1884.

47) Hälschner, d. Strafr. I S. 485 Anm. 1; Olshausen Nr. 12 zu §. 53.

48) Reichsgericht II 10. November 1882.

49) Wofür wohl der Ausdruck Praetext der Nothwehr, und zwar auch dann, wenn keine Vorspiegelung gemeint ist, gebraucht wird. Und zwar gehört hierhin auch der Fall, wenn eine Verletzung nach beendetem Angriff verübt wird.

50) Vgl. schon Preußen 1851, Bayern 1861. Gegen diese Vorschrift mit Recht Hälschner S. 483; Geyer, Grundriß S. 82. Nur Strafmilderung kannten Braunschweig 1840 und Thüringen 1850.

51) Allgemeiner der österr. Entwurf, der von „Mangel an Besonnenheit“ redet, sowie Entw. I, der „ähnliche Geisteszustände“ hinzufügte.

52) Anderer Meinung Binding, Handbuch I S. 753; Hälschner, d. Strafr. I S. 483 Anm. 2.

artige[53]) nicht aber auf ungleichartige Affecte, wie Zorn und dgl. als zulässig erscheint. Als unzulässig ist auch eine Ausdehnung der Vorschrift auf die im Affect erfolgte Annahme der Nothwehrvoraussetzungen zu erachten[54]). Als nicht straflos ist auch die Theilnahme am sraflosen Nothwehrexceß zu betrachten[55]).

6) Der in früheren Gesetzen[56]) besonders behandelte Fall einer aus Anlaß der Nothwehr vorgekommenen aberratio ictus (vgl. oben Seite 215 f.) unterliegt nach dem geltenden Recht den allgemeinen Vorschriften.

7) Nicht enthalten im geltenden Recht ist auch eine Vorschrift, die in Nothwehr verübte Verletzung zur Anzeige zu bringen, eine Vorschrift, welche in älteren Landesgesetzen enthalten war[57]) und, soweit sie nicht ausdrücklich aufgehoben sein sollte, nicht mehr als gültig zu betrachten ist[58]).

8) Auch die in Nothwehr verübte Handlung übrigens bleibt strafbar, soweit in ihr ein sonstiges Delict enthalten ist, z. B. Theilnahme an einer Schlägerei (St.G.B. §. 227) oder eine Uebertretung nach §. 367 Nr. 8 und dergl.

§. 41 (49).

Der Nothstand[1]).

1) Nicht nur aber die Behauptung des Rechtes gegenüber dem Unrecht, sondern auch die Wahrung des Interesses im

53) Auch gegen diese Ausdehnung Merkel, v. H. Handbuch IV S 85; Geyer Rechtslexikon (Nothwehr); Hälschner I. S. 438 Anm. 2; Oppenhoff, Olshausen Nr. 17 zu §. 53.

54) Die allerdings de lege ferenda folgerichtiger Weise befürwortet werden müßte; Hälschner, d. Strafr. I S. 484. Von extensivem und intensivem Exceß spricht Schütze Lehrbuch S. 111, wovon aber im Gesetze nur der intensive Exceß gemeint ist.

55) Olshausen Nr. 18 zu § 53.

56) Vgl. Lex 45 §. 4 Dig. ad legem Aquiliam 9, 2; Carolina Art. 145.

57) Bayern 1813, Württemberg 1839, Hannover 1840, Braunschweig 1840. Vgl. auch die oben (S. 80, 329) erwähnte Vorschrift der mittelalterlichen Quellen.

58) Anderer Meinung Olshausen Nr. 20 zu §. 53.

1) Stryk, de jure necessitatis Halle 1712; Oerstedt, Arch. 1821; Herrmann, Beurtheilung des sächs. Entwurfs Leipzig 1836 S. 144 ff.

Falle collidirender Interessen kann als ein Schuldausschließungsgrund [2]) erscheinen, für welchen der Ausdruck Nothstand [3]) gebraucht wird. Nothstand ist diejenige Zwangslage, durch welche die Begehung einer sonst strafbaren Handlung als gerechtfertigt erscheint, wobei wiederum (vgl. die Nothwehr) theils diese Zwangslage selbst, theils der aus ihr hervorgehende Schuldausschließungsgrund Nothstand genannt wird. Rechtsgrund des Nothstandes ist nicht, daß in einem solchen Falle der Rechtszustand aufgehoben sei [4]), oder daß der Thäter in diesen Fällen stets als unzurechnungsfähig angesehen werden müsse [5]), oder daß der Zweck des Strafgesetzes in diesen Fällen hinwegfalle [6]), oder daß aus Billigkeitsgründen in diesem Falle Nachsicht geübt werden müsse [7]), oder daß durch die Noth-

Marquardsen, Archiv 1857; Berner, de impunitate propter summam necessitatem proposita Berlin 1861; Wächter, sächsisch-thür. Strafr. S. 359 ff.; Wessely, Nothstand und Nothwehr Prag 1862; Geyer, v. H. Handbuch IV S. 93 ff., v. H. Rechtslexicon, Glaser, Schriften S. 201 ff.; Stammler, die strafr. Bedeutung des Nothstands Erlangen 1878; Janka, der strafr. Nothstand Erlangen 1878; v. Buri Gerichtssaal 1878; Goeb, Goltd. Archiv 1880; Rotering, daselbst 1883 S. 247 ff.

2) Fälle, in denen eine Art des Nothstandes als Milderungsgrund anerkannt ist, siehe St.G.B. §§. 157 Nr. 2, 313 Nr. 2, etwa auch §. 148.

3) Im österreichischen St G.B. wird dafür der sehr dem Mißbrauch ausgesetzte Ausdruck „unwiderstehlicher Zwang" verwendet.

4) So, im Anschluß an die Vertreter des sog. Naturrechts sowie an Fichte, Wächter (Lehrbuch), Hufnagel (Kommentar zum württemb. St.G.B.); vgl. auch Hälschner, deutsches Strafrecht I S. 487, der eine rechtliche Lösung für unmöglich erklärt.

5) So, im Anschluß an Kant, Feuerbach, Bauer, Rosshirt und von Neueren Geyer, v. H. Encyclopädie S. 887, Grundriß S. 106, eine Anschauung, die auch bei der Entstehungsgeschichte des geltenden Rechtes hervortrat und noch darin nachwirkt, daß nur eine Gefahr für Leib oder Leben genannt ist.

6) So die erste Auflage dieses Buches; ferner v. Liszt, Lehrbuch S. 132 und Mehrere der schon zu Anm 4 und 5 Genannten — (so Feuerbach, Bauer, Rosshirt).

7) So Wächter (sächs.-thüring Strafr., Vorlesungen), Breidenbach (Komm. zum hess. St G.B.), Schütze (Theilnahme und Lehrbuch) für alle Fälle, und die Meisten für den Fall, daß eine Kollision gleicher Rechtsgüter vorliegt.

standshandlung nur das subjective, nicht auch das objective Recht verletzt werde [8]); und nicht völlig zutreffend ist auch, daß das geringere Rechtsgut stets dem größeren zu weichen habe [9]). Rechtsgrund des Nothstandes ist vielmehr der nur bedingte Werth, der einem jeden Rechtsgute zukommt [10]) wonach der Staat selbst unter Umständen das geringere Rechtsgut dem größeren opfert [11]) und wonach es dem Thäter nicht verdacht werden kann, wenn derselbe sogar das gleichstehende oder nicht unverhältnißmäßig höhere Interesse eines Anderen dem seinigen opfert. Immer aber ist die Nothstandshandlung zwar ein Recht des Thäters, dennoch aber eventuell ein Eingriff in das fremde Recht [12]), was sich keineswegs als Widerspruch darstellt [13]).

2) In weitem Umfange war der Nothstand anerkannt im römischen Recht, in welchem theils bestimmte Fälle des Nothstandes erwähnt werden, theils ganz allgemein lautende Aussprüche sich finden [14]). Ebenso im canonischen Recht, welches

8) Hälschner, preuß. Strafr. I S. 271 ff. und im Grunde auch deutsches Strafrecht I S 488.

9) So nach dem Vorgange Hegels Köstlin (Neue Revision und System) und Andere; vgl. auch die Motive zum geltenden Recht, deren Auffassung danach hinter den Anordnungen des letzteren zurückbleibt.

10) Aehnlich Stammler (Nothstand), Janka (Nothstand), nur daß Janka noch den Gesichtspunct der Selbsterhaltung hereinzieht, dadurch aber die einheitliche Begründung aufgiebt. Vgl. auch Lasson Rechtsphilosophie S. 451; Laas, Viertelj.schrift für wiss. Philosophie 1881 S. 473, 475, 487 f.

11) Vgl. die Enteignung oder Expropriation, eine Analogie die Hälschner, d Strafr. I S. 487 Anm. 2 mit Unrecht zurückweist.

12) In jeder Hinsicht fassen den Nothstand als Recht auf Herrmann, v. Buri, Stammler, Binding (Normen), v. Liszt, Goeb, (allgemeine) Köstlin, Berner, Wessely (für den Fall der Kollision des höheren mit dem geringeren Rechtsgut). In keiner Hinsicht fassen den Nothstand als Recht auf Wächter, Hälschner, Marquardsen, Geyer, Schütze, Janka, Hertz, Olshausen.

13) So schon die dritte Auflage dieses Buches (S. 307). Aehnlich Binding, Handb. I S. 765, nur daß dieser gemäß der Normentheorie von einem Unverbotensein der Handlung spricht und überdies (wie Janka) den Trieb der Selbsterhaltung hereinzieht.

14) Vgl. Lex 3 §. 7 Dig. de incendio 47, 9; Lex 49 §. 1 Dig. ad legem Aquiliam 9, 2: Beschädigungen zur Rettung aus Feuers- und See-

ebenfalls theils besondere Entscheidungen, theils allgemeine Aussprüche aufweist [15]). Und ebenso das ältere deutsche Recht, in dessen Quellen zwar nur einzelne Fälle erwähnt werden, das aber ebenfalls, wenn auch nur in der Form von Rechtssprichwörtern, allgemeinere Aussprüche kennt [16]). Nur einen besonderen Fall dagegen erwähnt die Carolina, nämlich nach Vorgang der canonischen Quellen das sog. Stehlen in rechter Hungersnoth (Art. 166, vgl. Art. 175), das nach Umständen geringer gestraft oder straflos gelassen werden soll, worauf die gemeinrechtliche Praxis sich theils an die Fälle des römischen Rechts und der Carolina hielt, theils analoge Fälle hinzufügte, theils den Nothstand in allgemeinerem Umfange strafte [17]), wobei aber dennoch streitig war, ob als Nothstand nur eine Gefahr für Leib oder Leben oder auch eine Gefahr für andere Rechtsgüter angesehen werden sollte. Sehr verschieden war auch das Verhalten der neueren Gesetze, von denen einzelne den Nothstand (abgesehen vom Falle der Bedrohung) gar nicht erwähnten [18]), die meisten dagegen ihn auf eine Gefahr für Leib oder Leben einschränkten [19]) und nur wenige (so Bayern

gefahr. Vgl. auch die römischen Vorschriften der Lex Rhodia de jactu. Nach Pernice, Labeo II S. 16 ff. ist auch die Anerkennung des Nothstandes im römischen Recht nur eine allmähliche gewesen. Von allgemeinen Aussprüchen vgl. etwa: „Adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere.“

15) cap. 6 X. de furtis 5, 18; can. 26 Dist. 5 de consecr.; can. 8 §. 2—4 Dist. 47 (Entwendungen in Hungersnoth). Von allgemeinen Aussprüchen „necessitas non habet legem“; „quod non est licitum lege, necessitas facit licitum“).

16) Sachsenspiegel III Art. 68, wonach der Reiter sich Korn für sein Pferd schneiden kann, u. dgl. Von Rechtssprichwörtern: „Noth kennt kein Gebot“; „des Hungers Noth geit boven alle bot“ und dgl.

17) So Pufendorf, Thomasius und Stryk (in der genannten Schrift) sowie nach deren Vorgang der bayerische Codex von 1751, die Theresiana von 1768 und das preußische Landrecht von 1794.

18) So der Code pénal von 1810 und Preußen 1851 (abgesehen von dem Fall der Bedrohung), was aber nicht hinderte, daß derselbe in der Rechtsprechung dennoch anerkannt wurde (und zwar ohne Beschränkung auf eine Gefahr für Leib oder Leben).

19) So Württemberg 1839, Braunschweig 1840, Hessen 1841, Baden 1845, Thüringen 1850, Sachsen 1868, Hamburg 1869.

1861) ihn allgemein anerkannten. Nur sehr eingeschränkt erscheint der Nothstand auch im geltenden Recht, welches eine Gefahr für Leib oder Leben (des Thäters selbst oder eines Angehörigen) verlangt[20]) und auch in formeller Beziehung unrichtig verfährt, indem dasselbe den durch Drohung bewirkten Nothstand von den übrigen Fällen desselben trennt[21]) und nur die letzteren als Nothstand bezeichnet.

3) Was nun zunächst die den Nothstand begründende Gefahr[22]) betrifft, so ist es

a) offenbar zu eng, wenn im geltenden Recht in dieser Beziehung nur eine Gefahr für Leib oder Leben genannt ist[23]), sodaß eine Gefahr für die Freiheit, die Ehre oder gar für das Vermögen niemals als Nothstand erscheint. Vielmehr müßte ebenso wie bei der Nothwehr, so auch hier die Gefahr für irgend welche rechtlichen Interessen genannt sein[24]). Zu diesen wäre auch die Erfüllung von rechtlichen Pflichten zu rechnen, um deren willen es ebenfalls unter Umständen zulässig sein muß, eine sonst strafbare Handlung zu begehen[25]). Nicht zulässig ist die analoge Anwendung der vorhandenen Vorschrift auf andere rechtliche Interessen[26]), da es an der in

20) Zur Ergänzung dienen freilich Specialvorschriften, worüber unten.

21) Vgl. St.G.B. §. 52, wo Zwang durch Drohung und unwiderstehliche Gewalt (vis absoluta) zusammengestellt werden, welche letztere nicht nur die Rechtswidrigkeit der Handlung, sondern das Vorhandensein einer Handlung selbst ausschließt.

22) Ueber den Begriff der Gefahr siehe oben Seite S. 36 f.

23) Zu der Gefahr für den Leib gehört außer der Körperverletzung auch thätliche Beleidigung, geschlechtlicher Angriff und Nöthigung mit Gewalt gegen die Person. Nicht jede Gefahr für den Leib lassen genügen Olshausen Nr. 9 zu §. 52, Rotering S. 248. Auch eine Gefahr für die Freiheit sehen mit Unrecht in ihr als eingeschlossen an Stammler S. 63, Hälschner I S. 497. Mittelbar kann jedoch auch eine Gefahr für andere Rechtsgüter genügen, wenn nämlich dieselbe eine Gefahr für Leib oder Leben begründet. A. Mg. Binding, Handb. S. 770.

24) Es ist darüber nunmehr Uebereinstimmung vorhanden; vgl. u. A. Hälschner, d. Strafr. I S. 497.

25) Binding, Handb. I S. 758 f. Unnöthig aber ist es, auch die Erfüllung einer Berufspflicht hierhin zu ziehen (v. Liszt, Lehrb. S. 125), da dieselbe einen selbständigen Schuldausschließungsgrund bildet.

26) A. Mg. Binding, Grundriß 3. Aufl. S. 139; Handb. I S. 771.

diesem Falle unumgänglichen Begrenzung der zulässigen Nothstandshandlung fehlt. Wohl aber findet dieselbe ihre Ergänzung durch besondere Vorschriften, welche für einzelne Fälle ertheilt sind[27], und zwar auch durch solche, in denen zunächst nur die Verpflichtung zum Schadensersatz ausgeschlossen wird[28], was zugleich auf die Straflosigkeit dieser Fälle zu beziehen ist[29].

b) Nicht richtig ferner ist es, wenn im geltenden Recht nur eine Gefahr für den Thäter selbst und für Angehörige desselben genannt ist[30], wobei der Kreis der Angehörigen in der schon früher genannten Weise (St.G.B. §. 52 Absatz 2) bestimmt ist[31]. Selbst eine Ausdehnung dieser Vorschrift auf dem Thäter nahestehende Personen[32] kann nicht genügen. Das Richtige wäre vielmehr dies, es dem richterlichen Ermessen zu überlassen, in welchen Fällen der Thäter auch durch eine Gefahr für Andere seinerseits in eine Zwangslage versetzt sein kann[33], was unter Umständen sehr wohl der Fall ist. Wer u. A. wollte läugnen, daß sich auch Derjenige, der das Leben eines Mitmenschen durch ein geringes Eigenthums-

27) Vgl. die oben (Anmerk. 14) genannten Stellen des römischen Rechts, soweit denselben gemeinrechtliche Gültigkeit zukommt. Ferner Seemanns-Ordnung §. 57; Handelsgesetzbuch Art. 702, 708, Postgesetz §. 17; Strandungs-Ordnung §. 9; Verordnungen über das Zusammenstoßen auf See 1876 §. 1, 2, 1880 Art. 23; Fischereivertrag vom 6. Mai 1882 Art. 20, 21; Militär-St.G.B. §. 130; St.G.B. §. 360 Nr. 10.

28) Wie in den genannten römischen Stellen.

29) Anderer Mg. v. Liszt, Lehrbuch S. 134 f.; doch wäre es unerträglich, daß der Thäter nicht einmal zum Schadensersatz verpflichtet sein und dennoch bestraft werden sollte.

30) Noch enger die Carolina, in welcher außer dem Thäter selbst nur Weib und Kind desselben genannt war.

31) Siehe oben Seite 231. Daß den im Gesetz genannten „Ehegatten der Geschwister“ die „Geschwister der Ehegatten“ gleichgestellt werden müßten (Binding, Handbuch I S. 787 Anm. 97), ist de lege lata nicht genügend begründet.

32) So Binding, Handbuch I S. 786: Personen, welche mit dem Thäter „durch Liebe oder Freundschaft“ verbunden sind.

33) So schon Boehmer zu Art. 166 der Carolina; von Neueren Berner, de impunitate; Lehrb. 14 Aufl. S. 100; Hälschner, preuß. Straf. I S. 278, deutsches Strafr. I S. 499, 501.

object eines Anderen retten kann, seinerseits in Nothstand befindet[34]?

c) Unwesentlich ist, durch welches Ereigniß die für den Thäter vorhandene Zwangslage hervorgerufen wurde, insbesondere ob sie durch ein zufälliges Ereigniß, z. B. Feuers- und Wassersnoth, Mangel an Nahrung, Unglück bei einer Bergbesteigung u. dgl., oder durch eine menschliche Handlung, insbesondere durch eine Bedrohung[35]) bewirkt wurde, welchen Fall das geltende Recht mit Unrecht von den Fällen des Nothstandes getrennt hat. Daß im Falle der Bedrohung der Drohende selbst als (mittelbarer) Thäter erscheint, ist schon oben erwähnt worden.

d) Dabei wird im geltenden Rechte (allerdings nur für die Fälle des §. 54) verlangt, daß der Nothstand ein unverschuldeter sei, ein Erforderniß, das nicht bloß auf die vorsätzliche, sondern auch auf die fahrlässige Herbeiführung des Nothstandes zu beziehen ist[36]), sich aber selbst im ersteren Falle nicht als richtig darstellt[37]). Dasselbe darf deswegen auch nicht auf den Fall der Bedrohung[38]) und noch weniger auf das Verhalten der Angehörigen[39]) ausgedehnt werden. Andererseits ist es unrichtig, wenn dasselbe von Manchen auf eine unmittel-

34) Nach der jetzigen Rechtslage bleibt nur übrig, auf die möglicherweise gerechtfertigte Annahme der Einwilligung des Eigenthümers zurückzugehen.

35) Vgl. das Delict der Bedrohung (St.G.B. §. 240 und unten im Besonderen Theil).

36) Anderer Mg. de lege ferenda Geyer, v. H. Handb. IV S. 94; Hälschner, I S. 496 f. Zu weit Binding, Handb. I S. 777, der die (ohne Rechtsgrund erfolgte) thatsächliche Herbeiführung hereinzieht. Ueber die Benutzung von Schuldausschließungsgründen zur Herbeiführung des betreffenden Erfolges siehe oben Seite 312 f.

37) Anderer Meinung Geib, Lehrb II S. 223 f.; Marquardsen Archiv 1857 S. 404; Olshausen, N. 7 zu §. 54; Binding, Normen II S. 203, Handbuch I S. 778. Richtig Berner, Wessely, Stammler, Janka, Goeb.

38) Anderer Meinung Binding, Handbuch I S. 769.

39) Anderer Mg. Binding, Normen II S. 203, Handb. I S. 496 f. Richtig Olshausen N. 6 zu §. 52; Rotering, Goltd. Archiv 1883 S. 265.

bare[40]) oder auf eine strafbare[41]) Verschuldung beschränkt wird.

e) Zutreffend dagegen ist, wenn, wie bei der Nothwehr, ein unmittelbarer oder gegenwärtiger Angriff, so bei dem Nothstand eine unmittelbare oder gegenwärtige Gefahr verlangt wird, ein Erforderniß, das sich übrigens auch hier[42]) nicht von selbst versteht, wohl aber aus naheliegenden Rücksichten der Rechtssicherheit hervorgeht. Nicht aufgestellt ist dasselbe in einigen derjenigen Fälle, in welchen der Nothstand durch besondere Vorschrift geregelt ist[43]), in welchen Fällen dasselbe aber zum Theil ebenfalls aus der Natur der Verhältnisse hervorgeht.

4) Durch Nothstand gerechtfertigt sollte nun

a) nur eine solche Handlung sein, welche sich jener Gefahr gegenüber nicht als ein unverhältnißmäßiger Eingriff in das fremde Recht oder die Rechtsordnung darstellt[44]). Anders das geltende Recht, welches eine jede Handlung als durch Nothstand gerechtfertigt ansieht, eine Regelung, welche aber nur vom Standpunct des geltenden Rechts, welches den Nothstand auf eine Gefahr für Leib oder Leben beschränkt, überhaupt erklärlich erscheint, auch von diesem Standpunct aber nicht gerechtfertigt sein kann[45]). — Die Handlung muß ferner

40) So von Schütze, Schwarze, Oppenhoff.

41) So Hessen 1841, Baden 1845, Sachsen 1868, Hamburg 1869.

42) Vgl. oben Seite 332 Anm. 26.

43) Vgl. auch St.G.B. §. 157 Nr. 1, wo eine Art des Nothstandes als Milderungsgrund genannt ist.

44) Vgl. Gerichtstaal 1881 S. 130. Ferner Hälschner, deutsches Strafr. I S. 489, 501; Binding, Handbuch I S. 767; Hrehorowicz, Grundlagen S. 336, 342, nur daß Hälschner bloß die Verletzung des geringeren Gutes als angemessen erachtet, während doch auch die Verletzung eines gleichstehenden, ja eines nicht erheblich höher stehenden Rechtsgutes gerechtfertigt sein kann. Daß freilich auch fremdes Leben der eigenen Freiheit geopfert werden dürfe, ist auf seltene Fälle zu beschränken. Eher als an die Tödtung des eigenen Dieners (Binding I S. 783), ist hierbei an die des fremden Wächters zu denken.

45) Unmöglich kann durch irgend eine Gefahr für die eigene Gesundheit die Aufopferung vieler Personen oder die schwerste Schädigung

b) als unumgänglich erscheinen, ein Erforderniß, welches das geltende Recht so ausdrückt, daß die Gefahr eine nicht auf andere Weise abwendbare sein muß, was von ihrer Abwendung durch eine nicht oder geringer strafbare Handlung zu verstehen ist.

5) Nicht durch Nothstand entschuldigt ist, wer rechtlich verpflichtet ist, die Gefahr zu bestehen [46]), in welcher Hinsicht theils die gesetzliche Verpflichtung, z. B. der Militärpersonen, der Seeleute und Beamten [47]), theils die vertragsmäßige Verpflichtung, z. B. eines Arbeiters, eines Krankenwärters u.s.w. in Betracht kommt, in beiden Fällen aber die Verpflichtung eine weiter oder weniger weit gehende sein kann [48]). Ebenso unnöthig wie unrichtig aber ist die Vorstellung, daß eine Verletzung der Dienstpflicht selbst durch Nothstand gerechtfertigt sein könne [49]). Wie aber der Thäter die eigene Gefahr zu bestehen rechtlich verpflichtet sein kann, so ist er verpflichtet auch den Angehörigen derjenigen Gefahr zu überlassen welche dieser rechtlich verpflichtet ist zu bestehen [50]).

6) Gegen die Nothstandshandlung ist der durch dieselbe Angegriffene befugt sich zu wehren, und zwar nicht nur nach dem Gesichtspunct des Nothstandes, sondern nach dem Gesichtspunct der Nothwehr [51]), da die Nothstandshandlung

des Staates u.s.w. gerechtfertigt sein. Selbst de lege lata ist hier eine einschränkende Auslegung an der Stelle. Vgl. Binding, Handbuch I S. 784.

46) Vgl. schon Lex 6 Dig. de re militari 29, 36 (vom Krieger); Lex 1 §. 28 Dig. 29, 5 (vom Sclaven): „non debet saluti eorum suam anteponere.“ Ausdrückliche Vorschriften enthielten auch Baden 1845 und Sachsen 1858, 1868.

47) Militär-St.G.B. §. 49 (vgl. §§. 84—88); Seemanns-Ordnung §. 32. Von Beamten sind insbesondere die Polizei-, Steuer-, Forst- und Strafanstaltsbeamten zu nennen.

48) Unbeschränkt ist auch die Verpflichtung der Seeleute nicht, da bei einem Schiffbruch schließlich der Unterschied zwischen der Mannschaft und den Reisenden aufhört. Sehr verschieden wird insbesondere die Pflicht der Beamten sein, die Pflicht aber z. B. des Gefangenenwärters sich nicht viel von der militärischen Dienstpflicht unterscheiden.

49) Vgl. Hälschner, Strafrecht I S. 502 Anm. 1.

50) Vgl. Binding, Handbuch I S. 781, 784.

51) Anderer Mg. Stammler S. 79; v. Liszt S. 128; Hrehoro-

nicht aufhört, ein Eingriff in die fremde Berechtigung zu sein. Welchen Unterschied dies begründet, geht aus dem hervor, was oben über den Umfang des Nothstandes und der Nothwehr, insbesondere nach dem geltenden Recht, angeführt wurde. Und zwar ist dieses Nothwehrrecht nicht nur für das Zusammenstoßen gleicher, sondern auch für das Zusammenstoßen eines höheren mit einem geringeren Rechtsgut zu behaupten [52], welches letztere keineswegs verurtheilt ist, einfach dem ersteren gegenüber aufgegeben zu werden.

7) Dementsprechend ist der Nothstand keineswegs in allen Fällen geeignet, zugleich eine Befreiung von der Schadensersatzpflicht zu begründen. Ob und wieweit vielmehr der Handelnde zum Schadensersatz verpflichtet ist, ist nach den Umständen verschieden und richtet sich u. A. danach, ob der betreffende Gegenstand voraussichtlich auch ohnedies zu Grunde gegangen wäre [53].

8) Ueberschreitung der Nothstandsgrenzen ist nach den gewöhnlichen Grundsätzen zu beurtheilen, und zwar ohne daß hier eine besondere Vorschrift über die im Affect erfolgte Ueberschreitung ertheilt wäre, auf welche auch nicht etwa die bei der Nothwehr ertheilte Vorschrift analog angewandt werden darf.

9) Ebenso wie die Nothstandshandlung selbst, ist auch die

wicz, Grundlagen S. 352, Goeb S. 185. Richtig Wächter, sächsisch-thüring. Strafrecht S. 361; Janka, Nothstand S. 217; Hälschner, Strafrecht I S. 492; Binding, Handbuch I S. 766.

52) Anderer Mg. Berner 14. Aufl. S. 99; Wessely S. 52; Oppenhoff N. 9 zu §. 53.

53) Die Ersatzpflicht ist verneint in den oben (Anm. 14) genannten römischen Stellen, was aber keineswegs auf alle Fälle des Nothstandes ausgedehnt werden darf. Richtig Janka, Nothstand S. 187 ff.; Hälschner, Strafrecht I S. 503; Lehmann, Jhering's Jahrbücher 1874 S. 215 ff. Vgl. schon die Lex Rhodia de jactu, die eine Vertheilung des zur Rettung aus einer bestimmten Art von Gefahr bewirkten Schadens vorschrieb; von neueren Gesetzen Postgesetz §. 17, Strandungsordnung §. 9. Auch Binding nunmehr für die Möglichkeit einer Ersatzpflicht (Handbuch I S. 765 Anm. 30). Vgl. oben Seite 34 Anm. 18.

Theilnahme an der Nothstandshandlung [54]) als straflos zu betrachten [55]).

10) Dem geltenden Rechte unbekannt ist die in älteren Gesetzen [56]) sich findende Verpflichtung zur Anzeige einer im Nothstand zugefügten Verletzung.

54) Nicht zu verwechseln mit dem durch die Gefahr eines Anderen begründeten eigenen Nothstand. So Stammler S. 71, der sich aber S. 80 im richtigen Sinne ausspricht.

55) Richtig Olshausen N. 3 zu §. 54, Binding, Handbuch I S. 784. Schwankend Rotering, Goltd. Archiv 1882 S. 189.

56) Württemberg 1839, Braunschweig 1840; vgl. oben Seite 337 bei der Nothwehr.

Zweites Buch.

Die sonstigen thatsächlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit.

Erstes Kapitel.

Positive Voraussetzungen.

§ 42 (61).

Im Allgemeinen[1]).

1) Voraussetzung der Strafbarkeit ist unter Umständen nicht bloß das begangene Delict, sondern außerdem noch ein besonderes Ereigniß, sei es daß durch dasselbe die Bedeutung des Delictes erst in der erforderlichen Weise hervortritt, sei es daß durch dasselbe eine der Bestrafung entgegentretende Rücksicht hinwegfällt. Ja es kann sein, daß mehrere derartige Ereignisse hinzutreten müssen, damit von der Bestrafung des vorliegenden Falles die Rede sein könne. Unwesentlich ist es, ob man in diesen Fällen von einer bedingten Strafbarkeit[2]) oder von einem bedingten Strafanspruch[3]) oder von einem Strafanspruch mit bedingter Verfolgbarkeit[4]) redet, sofern man nur festhält, daß schon die That selbst eine „strafbare" ist, an der nicht nur Versuch und Theilnahme mög-

1) Vgl. Francke, Goltd. Arch. 1872 S. 33 ff.; Binding, Normen I S. 130 ff, Handbuch I S. 588 ff.; Samuely, Gerichtssaal 1880 S. 1 ff.; Risch, Gerichtssaal 1884 S. 241 ff.; v. Kries, Zeitschr. für Strafr.wiss. 1885 S. 1 ff.

2) So Francke, Goltd. Arch. 1872 S. 33 ff.; Binding, Normen I S. 130 ff.; v. Liszt, Lehrbuch S. 168.

3) Risch, Gerichtssaal 1884 S. 251; Olshausen N. 1 zu §. 61; Binding, Handbuch I S. 588 ff.

4) Samuely, Gerichtssaal 1880 S. 1 ff.; v. Kries, Zeitschrift für Strafrechtswiss. 1885 S. 11.

lich sind[5]), sondern in Beziehung auf die auch eine Begünstigung begangen werden[6]) kann und die den Gegenstand einer falschen Anschuldigung bilden hann[7]), auch wenn jene weitere Bedingung noch nicht eingetreten, z. B. der zur Bestrafung erforderliche Antrag noch nicht gestellt ist. Ebenso wie die Bestrafung des Thäters, sind übrigens auch die sog. objectiven Maßregeln nach St.G.B. §. 42 ausgeschlossen, solange die weitere Bedingung nicht vorliegt.

2) Verschieden sind diese Voraussetzungen der Strafbarkeit von den sog. Proceßvoraussetzungen, d. h. von denjenigen Voraussetzungen, welche noch außer den Voraussetzungen der Strafbarkeit, und zwar aus processualen Gründen, vorliegen müssen, damit von dem Beginne und der Fortsetzung eines Strafprocesses die Rede sein könne[8]). Hierhin gehört die Zurechnungsfähigkeit des Thäters zur Zeit des Processes (sog. Verhandlungsfähigkeit), der unter Umständen (bei der Verfolgung von Abgeordneten) erforderliche Beschluß der gesetzgebenden Versammlung u.s.w. Diese sind formell, jene materiell strafrechtlicher Natur, eine Verschiedenheit, welche u. A. auf das zeitliche Geltungsgebiet des Gesetzes Bezug hat[9]), da bei einem Wechsel der Gesetzgebung in Beziehung auf Proceßvoraussetzungen stets das neuere Recht zur Anwendung zu kommen hat, während bei einem Wechsel der Gesetzgebung in Beziehung auf jene Vorausetzungen der Strafbarkeit die Vorschrift des §. 2 des St.G.B. zutrifft.

3) Nicht zu den anderweiten Voraussetzungen der Strafbarkeit gehört derjenige Erfolg der That, welchen das Gesetz

5) Anderer Mg. v. Liszt, Lehrbuch S. 168, welcher meint, daß man von Versuch und Theilnahme erst nach Eintritt der weiteren Bedingung reden könne.

6) Anderer Mg. Binding, Handbuch I S. 637, mit Beziehung auf die negative (von ihm als „echte“ bezeichnete) Begünstigung. Vgl. aber oben Seite 306.

7) Anderer Mg. v. Liszt, Reichsstrafrecht S. 428.

8) Zu eng ist die Bezeichnung „Strafklagvoraussetzungen“ (Binding), da der Strafproceß nicht erst mit der „Klage“ beginnt.

9) Vgl. außerdem die Verschiedenheit der Vorschriften, welche für das Verhältniß von Reichs- und Landesstrafrecht mit Beziehung auf processuale und materiell-strafrechtliche Vorschriften gelten.

in vielen Fällen zum Thatbestand des vollendeten Delicts erfordert, und zwar auch dann nicht, wenn das Gesetz in Beziehung auf diesen Erfolg keine subjective Verschuldung erfordert, vielmehr sich mit dem Erfordernisse des Kausalzusammenhanges begnügt hat[10]. Und ebensowenig das Erforderniß der Gegenseitigkeit der Bestrafung, welches das Gesetz in mehreren Fällen (vgl. hauptsächlich St.G.B. §§. 102, 103) aufstellt, sowie das Erforderniß der Strafbarkeit der That am Orte der Begehung derselben, woran das Gesetz (St.G B. §. 4 Nr. 3) der Regel nach die Strafbarkeit der im Auslande begangenen Delicte geknüpft hat[11].

4) Wohl aber sind hierhin zu rechnen

a) solche Ereignisse, die ihrer Natur nach durch das betreffende Delict herbeigeführt sein konnten, an deren Eintritt aber das Gesetz auch unabhängig hiervon den Eintritt einer Strafe oder schwereren Strafe geknüpft hat[12];

b) diejenige civilgerichtliche Entscheidung, welche in einigen Fällen der Bestrafung vorangegangen sein muß[13],

10) Auch in diesem Falle nämlich gehört der betreffende Umstand zum Thatbestande des Delictes selbst. Anderer Mg. v. Liszt, Lehrb. S. 169.

11) Da beide Umstände vielmehr der richtigen Ansicht nach (anderer Mg. allerdings Olshausen N. 4 zu §. 102) schon zur Zeit der That vorhanden sein müssen, so gehören auch sie zum Thatbestande selbst. Anderer Mg. Binding, Handbuch I S. 591, obwohl er richtig annimmt, daß sie zur Zeit der That vorhanden sein müssen.

12) Vgl. St.G.B. §. 87 Absatz 2 (der Ausbruch des betreffenden Krieges als Voraussetzung der Strafbarkeit einer Art des Landesverraths); §. 139 (Thatsache des wirklich begangenen Delictes als Voraussetzung der Strafbarkeit der Nichtanzeige bestimmter bevorstehender Delicte); §. 154 Absatz 2 (Thatsache der erfolgten Verurtheilung zu einer schwereren Strafe als Voraussetzung der höheren Strafbarkeit eines Falles des Meineids); §. 210 (Thatsache des zu Stande gekommenen Zweikampfs als Voraussetzung der Strafbarkeit der Anreizung zum Zweikampf); §. 227 (Thatsache der erfolgten Tödtung oder schwereren Körperverletzung als Voraussetzung der Strafbarkeit des Raufhandels); Konkurs-Ordnung §§. 210—212 (Thatsache der erfolgten Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung als Voraussetzung der Strafbarkeit des Bankerotts, die übrigens auch der Verübung vorausgehen kann und in diesem Falle zum Thatbestand selber gehört).

13) Mit Unrecht sieht darin nur eine Proceßvoraussetzung Binding Handbuch I S. 595 ff.

was aber nur bei einigen auf die Ehe bezüglichen Delicten der Fall ist. So bei dem Ehebruch (St.G.B. §. 172), der nur dann bestraft werden soll, wenn die betreffende Ehe vorher aufgelöst (geschieden) wurde, da eine Bestrafung während bestehender Ehe mit Recht für unangemessen erachtet wurde [14]); und zwar muß die Scheidung wegen des betreffenden Ehebruches erfolgt sein [15]). So ferner bei dem sog. Ehebetrug (St.G.B. §. 170), der nur dann bestraft werden soll, wenn die durch Täuschung zu Stande gekommene Ehe, sowie bei der Entführung, die nur dann bestraft werden soll, wenn die in Folge derselben geschlossene Ehe vorher aufgelöst (für nichtig oder ungiltig erklärt) wurde;

c) die Eintragung des Delictes in das sogen. Schiffsregister [16]), welche das Gesetz (Seemanns-Ordnung §. 84) als Voraussetzung der Bestrafung der durch die Seemanns-Ordnung bedrohten Delicte erfordert;

d) die auf die Bestrafung gerichtete Willenserklärung passiv betheiligter Personen, die das Gesetz bei einer Reihe von Delicten als Bedingung der Strafbarkeit hinstellt, sei es daß nur die Ermächtigung dieser Personen, sei es daß ihr Antrag verlangt wird [17]). Ersteres ist nur bei wenigen Delicten (Beleidigung von Bundesfürsten in den Fällen der §§. 99 u. 101; Beleidigung einer politischen Körperschaft nach St.G.B. § 197), Letzteres bei einer größeren Anzahl von Delicten der Fall, worüber im folgenden Paragraphen. Dabei sind Ermächtigung und Antrag nicht dadurch verschieden, daß die Willenserklärung des Ver-

14) So schon das preußische Landrecht von 1794 II, 1 §. 393 ff. sowie Preußen 1851 §. 140.

15) Vgl. Reichsgericht I 1. Juni 1882. Gegen diese Beschränkung Binding Handb. I S. 602.

16) Nach Binding, Handb. I S. 595 ff. nur Proceßvoraussetzung.

17) Anderer Meinung Heinze, Reichs- und Landstafrecht S. 67 ff. Dochow, v. H. Handbuch IV S. 242; Oppenhoff zu §. 61; Nessel, Antragsberechtigungen S. 9 f., v. Kries, Zeitschr. für Strafr.wiss. 1885 S. 10, 39; Binding, Handb. I S. 611 (vgl. jedoch S. 661), welche das Antragserforderniß nur als Proceßvoraussetzung betrachten. — Richtig v. Bar, Goltd. Archiv 1871 S. 641 ff.; Samuely, Gerichtssaal 1880 S. 21; Fuchs, Anklage und Antragsdelicte S. 33 f.; Reber, Antragsdelicte S. 58; Hälschner, Strafr. I S. 711; Olshausen N. 1 zu §. 61; v. Risch, Gerichtssaal 1884 S. 251.

letzten im ersteren Falle eingeholt, im letzteren Falle abgewartet werden muß [18]; vielmehr unterscheiden sie sich dadurch, daß die erstere schon mit der Zustimmung des Betheiligten (die vor oder nach dem amtlichen Einschreiten erfolgt sein kann) gegeben ist, wogegen die letztere den positiv auf die Bestrafung gerichteten Willen voraussetzt. Augenscheinlich stellt sich danach die Ermächtigung als das schwächere, der Antrag als das stärkere, weiter gehende Erforderniß dar [19]), wonach die auf das Antragserforderniß bezüglichen Rechtssätze nicht ohne Weiteres auf das Ermächtigungserforderniß ausgedehnt werden dürfen [20]).

5) Für das gegenseitige Verhältniß dieser Voraussetzungen hat zu gelten, daß dieselben von einander durchaus unabhängig sind, sodaß u. A. ein gültiger Antrag auf Bestrafung des Ehebruchs gestellt werden kann, auch wenn die erforderliche Auflösung der Ehe noch nicht erfolgt ist, sowie daß der Beginn der Antragsfrist keineswegs durch die erfolgte Eheauflösung bedingt ist [21]).

6) Nicht ausgeschlossen ist übrigens, daß eine materielle Voraussetzung der Strafbarkeit zugleich als Proceßvoraussetzung erscheint [22]), wie dies u. A. mit dem Ermächtigungs- und Antragserforderniß der Fall ist [23]). Vgl. dieselbe Erscheinung bei den negativen Voraussetzungen der Strafbarkeit, z. B.

18) So u. A. Binding, Handbuch I S. 615.

19) Umgekehrt Binding, Handb. I S. 615, der auch ohne Grund annimmt, daß, wenn die Ermächtigung in der Form des Antrags ertheilt ist, die Grundsätze über das Antragserforderniß zur Anwendung gelangen.

20) Vgl. das, was unten (§. 43) über die Antragsfrist, die Untheilbarkeit des Antrags und die Zurücknahme des Antrags zu sagen sein wird. Von selbst übrigens versteht sich, daß auch die Ermächtigung in dem Sinne untheilbar ist, daß von ihr stets das ganze Delict umfaßt wird. Ferner, daß ein Verzicht ebenso bei der Ermächtigung wie bei dem Antrag als unzulässig erscheint.

21) Beides sehr bestritten; siehe unten bei den Antragsdelicten.

22) Ein Widerspruch ist dies um deßwillen nicht, weil in diesem Falle jedenfalls die Vorschriften des materiellen Rechts, z. B. über das zeitliche Geltungsgebiet des Gesetzes zur Anwendung gelangen.

23) Richtig v. Risch, Gerichtssaal 1884 S. 251; Hälschner, Strafrecht I S. 711; Olshausen N. 1 zu §. 61.

der Verjährung. Die Folge ist, daß, wenn sich nachträglich der Mangel einer solchen Voraussetzung herausstellt, eine Einstellung des Verfahrens als zulässig erscheint.

§. 43 (62).

Insbesondere der Antrag[1]).

1) Von der aus dem Wesen des Delictes sich ergebenden Anforderung, daß dasselbe von Staatswegen ohne Rücksicht auf die Entschließung privater Personen bestraft werde, macht das Recht u. A. (nämlich abgesehen von den schon erwähnten Ermächtigungsdelicten) die Ausnahme, daß eine Anzahl von Delicten nur auf den Antrag bestimmter Personen bestraft werden soll, für welche Delicte hienach der Name Antragsdelicte im Gegensatz zu den von Amtswegen zu verfolgenden oder sog. Officialdelicten gebraucht wird[2]). Antrag in dem hier vorliegenden Sinne ist aber diejenige Willenserklärung, durch welche das Verlangen der Strafverfolgung gestellt wird. Der Grund des Antragserfordernisses ist nicht[3]), daß die Strafe in diesen Fällen wesentlich als Privatgenugthuung erscheine, die sich vielmehr in allen Fällen[4]) nur als ein Nebenzweck der Strafe darstellt. Der Grund ist überhaupt nicht ein einheit-

1) Zachariae, Archiv 1845, 1847; v. Bar, Goltd. Archiv 1871, v. Tippelskirch, Gerichtssaal 1873; Fuchs, Goldt. Archiv 1871, 1872, Anklage und Antragsdelicte Breslau 1873; Nessel, Antragsberechtigungen Berlin 1873; Thomsen, John Gutachten für den 12. Juristentag; v. Buri, kritische Viertelj.schrift 1877; Dochow, v. H. Handbuch IV S. 239 ff.; v. Kirchenheim, die rechtliche Natur der Antragsdelicte Tübingen 1877; Medem, Gerichtssaal 1877; Samuely, das. 1880; Lehmann, zur Lehre vom Strafantrag Leipzig 1881.

2) Gegen das Antragserforderniß überhaupt Medem, Gerichtssaal 1877 S. 509 ff.; Binding, Handbuch I S. 603, ein augenscheinlich unpraktischer Standpunct.

3) Anderer Mg. Zachariae und Andere, welche diesen Gesichtspunct neben anderen, Binding, Handbuch I S. 660 ff., der diesen Gesichtspunct (übrigens nur de lege lata) als den einzigen hervorhebt.

4) Selbst in denjenigen, in welchen (siehe unten) die sog. Privatklage für zulässig erklärt ist.

licher, wie nicht selten gesagt ist [5]). Andererseits ist derselbe nicht so mannigfaltig, als von Manchen angenommen wurde [6]). Vielmehr sind es genauer zugesehen zwei Rücksichten, welche in dieser Beziehung als wirksam erscheinen [7]): einmal nämlich, daß eine ohne den Willen der Betheiligten erfolgende Bestrafung in manchen Fällen unnöthig und überflüssig sein würde, und sodann daß eine ohne den Willen der Betheiligten erfolgende Bestrafung in manchen Fällen überwiegend nachtheilig sein würde. Und zwar führt die erstere Rücksicht dahin, die Officialverfolgung auszuschließen bei geringeren Verletzungen der Person und des Vermögens, wogegen durch die zweite der Ausschluß der Officialverfolgung auch bei schweren Delicten (z. B. dem Familiendiebstahl und gewissen Sittlichkeitsdelicten) gerechtfertigt sein kann. Dabei ist unverkennbar, daß aus diesen Gesichtspuncten an sich verschiedene Folgerungen für die Behandlung des Antragserfordernisses hervorgehen würden [8]), was aber nach dem geltenden Rechte nur in sehr geringem Grade der Fall ist. Vom Antragserforderniß verschieden ist die sog. Privatklage [9]) die sich als eine Steigerung des Antragserfor-

5) So von Bar, Goltd. Archiv 1871 S. 644 f., Reber Antragsdelicte, S 45 ff, deren Auffassung (daß sich das Verlangen der Bestrafung zunächst im engeren Kreise kundgethan haben müsse) sich aber nur als eine Umschreibung des Antragsrechts darstellt. Ferner Thomsen, Gutachten S. 201, und Hälschner, Strafrecht I S. 708. (Letzterer de lege ferenda), welche den zweiten der oben erwähnten Gesichtspuncte als ausschließlich maßgebend hinstellen.

6) Vgl. Zachariae, Archiv 1845, von welchem drei, sowie Schütze, Lehrbuch S. 168, von welchem im Ganzen sechs Rücksichten aufgezählt werden.

7) So schon die erste Auflage dieses Buches sowie Gerichtssaal 1881 S. 134 ff. Uebereinstimmend Dochow, v. H. Handb. IV S. 239 ff.; Geyer, v. H. Encyclopädie S. 923; Holzapfel, Goltd. Archiv 1882 S. 433; v. Liszt, Lehrbuch S. 174, welcher aber in der zweiten Klasse von Fällen das Antragserforderniß zu einer bloßen Proceßvoraussetzung herabsetzt.

8) Vgl. schon Zachariae, Archiv 1845, 1847, von welchem aber auch der Gesichtspunct der Privatgenugthuung hervorgehoben und besonders aus ihm abweichende Folgerungen gezogen werden.

9) Doch wurde in früheren Gesetzen auch der Antrag als „Klage“ bezeichnet (so Württemberg 1839).

dernisses darstellt, indem bei ihr die Strafverfolgung selbst in die Hände der Privatperson selber gelegt ist, weßhalb es begreiflich ist, daß dieselbe im geltenden Recht nur bei wenigen Delictsarten [10]) für zulässig erklärt ist.

2) Weit über das Antragserforderniß hinaus ging das römische Recht, in welchem die Verfolgung einer großen Klasse von Delicten, nämlich der sog. delicta privata, von der Klage des Verletzten abhängig war und selbst bei einzelnen crimina publica [11]) die Verfolgung an das Auftreten der Betheiligten geknüpt war. Aehnlich das ältere deutsche Recht, in welchem jedoch zum Theil unbestimmt war, ob ein Delict nur durch den Verletzten oder auch durch einen Nichtbetheiligten verfolgt werden konnte. Nur wenige Antragsdelicte kannte die Carolina [12]), deren Zahl durch einige dem römischen Recht entnommene Fälle vermehrt wurde [13]). Eine starke Vermehrung derselben brachten im Ganzen die neueren Gesetzgebungen [14]), insbesondere auch das Reichs-St.G.B. [15]), welches überdies in der Zulassung einer wirksamen Zurücknahme des Antrags allzu weit ging, was erst durch die Novelle von 1876 theilweise wieder gut gemacht wurde [16]).

3) Was nun zunächst die Fälle betrifft, in welchen das geltende Recht das Antragserforderniß aufstellt, so finden sich unter denselben begreiflicher Weise nur wenige „Verbrechen" [17]);

10) St.P.O. §. 414 (Beleidigungen und leichte Körperverletzungen).

11) Es gehört hierhin jedoch nur das adulterium und die suppositio partus.

12) Nämlich Ehebruch, Entführung, Nothzucht und Familiendiebstahl, die nur auf Verlangen der Betheiligten bestraft werden sollten und deßwegen in der That als Antragsdelicte erscheinen Anderer Mg. Binding, Handb. I S. 603 Anm. 2.

13) Hauptsächlich durch die als einziges Privatdelict recipirte, übrigens auch öffentlich, aber nur auf Antrag strafbare injuria, außerdem durch die oben erwähnte suppositio partus.

14) Vgl. jedoch Preußen 1851, welches in der Aufstellung von Antragsdelicten sehr zurückhaltend war, wogegen von Sachen 1855 und 1868 ihre Zahl sehr ausgedehnt wurde.

15) Letzteres vor Allem nach den Beschlüssen des Reichstags.

16) Nur in einem Falle hat die Novelle das Antragserforderniß erweitert (St.G.B. §. 247).

17) St.G.B. §§. 102, 179, 247. Gestrichen wurde das Antragserfor-

ja es fragt sich, ob die Strafbarkeit schwererer Fälle überhaupt von privater Entschließung abhängig sein sollte. Ebenso andererseits nur wenige „Uebertretungen", deren Strafwürdigkeit meistens nicht auf eine Verletzung des privaten, sondern des öffentlichen Interesses beruht Der eigentliche Sitz der Antragsdelicte sind vielmehr die mittleren Straffälle oder „Vergehen", deren Strafbarkeit vielfach von dem Antrag passiv betheiligter Personen abhängig gemacht ist[18]). Dabei kommt das Antragserforderniß gleichmäßig vor bei solchen Delicten, die in der Verletzung eines materiellen, wie bei solchen, die in der Verletzung eines ideellen Interesses oder Rechtsgutes bestehen[19]). Auch ist theils das Delict selbst als Antragsdelict, die (schwerere) Unterart desselben als Officialdelict, theils umgekehrt das Delict selbst als Officialdelict, die (leichtere) Unterart desselben als Antragsdelict, oder auch es sind Delict und Unterart gleichmäßig als Antragsdelict behandelt[20]). Eine Hauptverschiedenheit aber unter den Antragsdelicten besteht darin, ob das Delict in allen Fällen oder nur in bestimmten Fällen, insbesondere bei bestimmten Beziehungen zwischen dem Thäter und dem Verletzten Antragsdelict sein soll, wonach man absolute und relative[21])

derniß von der Novelle in den Fällen der §§. 176, 177. Vgl. aber in Beziehung auf die Nothzucht das über das ältere Recht Gesagte sowie Wächter, Vorlesungen S. 370; Hälschner, Strafrecht I S. 711.

18) St.G.B. §§. 103, 104, 123, 170, 172, 182, 189, 194, 232, 236, 237, 247, 263, 288, 289, 292, 299, 300, 301, 302, 303. Ueber §. 293 siehe den besonderen Theil. Von Delicten der Nebengesetze gehören hierhin diejenigen der Urhebergesetze, der Seemannsordnung, des Unfallversichungsgetzes u.s.w. — Beleidigungen und leichte Körperverletzungen sind auch dann Antragsdelicte, wenn dieselben nicht im Wege der Privatklage, sondern (vgl. St.P.O. §. 416) durch die Staatsanwaltschaft verfolgt werden.

19) Für die Beschränkung des Antragserfordernisses auf die letztere Klasse von Delicten mit Unrecht v. Kirchenheim, die rechtliche Natur der Antragsdelicte S. 37 ff.

20) Als Beispiel für das Erste vgl. §§. 303 u. 304, für das Zweite §§. 242 und 370 Nr. 5, für das Dritte die Fälle des §. 185 sowie die des §. 247, welche letzteren sich gleichmäßig auf den einfachen wie auf den schweren Diebstahl beziehen.

21) Anders Waldthausen Goltd. Archiv 1881 S. 392, der von „unbeschränkten" und „beschränkten", sowie Binding S. 610, der von

Antragsdelicte unterscheidet. Außer dem Delicte selbst sind auch Versuch und Theilnahme nur auf Antrag zu strafen, einschließder Begünstigung, obwohl das Gesetz dieselbe als eigenes Delict behandelt (vgl. oben Seite 309). Noch weniger Grund ist, die vorher zugesagte Begünstigung, die nach dem Gesetz (§. 257 Absatz 3) als Beihülfe bestraft wird, von Amtswegen zu bestrafen [22]). Die Eigenschaft eines Delictes als Antragsdelict ist nicht zu präsumiren; bei wirklichem Zweifel aber geht auch in dieser Beziehung die mildere Ansicht vor. Die Eigenschaft eines Delictes als Antragsdelict wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß dasselbe sich erst bei der Aburtheilung als Antragsdelict herausstellt. Ebensowenig dadurch, daß dasselbe mit einem Officialdelict zusammentrifft [23]). Doch kann der Versuch eines Officialdelictes von Amtswegen gestraft werden, auch wenn derselbe an sich ein Antragsdelict sein würde. Kein Delict ist Antragsdelict, soweit das Militärstrafrecht zur Anwendung gelangt (Militär-St.G.B. §§. 51, 127, 153) [24]).

4) Hinsichlich der Befugniß den Antrag zu stellen kommt in Betracht:

a) Dieselbe ist ein Recht des Betreffenden [25]), wenn auch kein Privatrecht, sondern eine Befugniß des öffentichen Rechtes, und zwar ein Recht darauf, daß nicht ohne den Willen des Berechtigten mit der Strafverfolgung vorgegangen werde [26]).

b) Wer Subject des Antragsrechts sei, ist theils bei der

„vollständigen" und „theilweisen" Antragsdelicten redet, wobei der Letztere auch den Unterschied, ob das ganze Delict oder nur eine Unterart desselben Antragsdelict ist, hereinzieht.

22) Anderer Meinung Binding, Handbuch I S. 637.

23) Ueber den Fall, daß das Antragsdelict das schwerere ist, siehe unten in der Lehre vom Zusammentreffen.

24) Andererseits ist jedes Delict Antragsdelict, wenn der Fall des §. 4 Nr. 3 Absatz 2 zutrifft, worauf aber die Vorschrften über das Antragserforderniß keine Anwendung finden.

25) Anderer Mg. Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht S. 138; Holzapfel, Goltd. Archiv 1882 S. 433.

26) Anderer Mg. Binding, Handbuch I S. 614, der darin ein Recht erblickt, daß bei dem Vorhandensein der übrigen Klagvoraussetzungen auch wirklich eingeschritten werde. Ein solches „Recht" aber hat Niemand.

einzelnen Delictsart gesagt [27]), theils ist es der „Verletzte", welchem das Antragsrecht zusteht [28]), wobei aber nicht irgend eine mittelbare oder nebensächliche, sondern nur die der betreffenden Delictsart wesentliche Verletzung in Betracht kommt [29]). Danach erscheint bei der Sachbeschädigung als Verletzter nur der Eigenthümer, nicht auch Derjenige, welchem ein sonstiges dingliches oder persönliches Recht an der Sache zusteht [30]). Ebenso kann bei dem Betrug nur der Beschädigte, nicht auch der Getäuschte als Verletzter erscheinen. Anders beim Diebstahl, bei welchem außer dem Eigenthümer selbst sich auch der Besitzer (Detentor) als Verletzter darstellt [31]). Bei einem versuchten Delict kommt als Verletzter Derjenige in Betracht, der im Falle der Vollendung beschädigt worden wäre.

c) Ist der Verletzte eine juristische Person [32]), so ist ihr geordneter Vertreter (wenn der Staat oder eine Gemeinde verletzt ist, also der zuständige Beamte) Derjenige, welchem das

27) St.G.B. §§. 4 Nr. 3 Absatz 2, 102, 103: die auswärtige Regierung; 104: der beleidigte Gesandte; 170: der getäuschte Ehegatte; 182: die Eltern und der Vormund der Verführten; 189: die Eltern, die Kinder und der Ehemann der nach ihrem Tode verleumdeten Person; 195, 196, 232: der Ehemann, der Vater und der Vorgesetzte der beleidigten Person; 288: der gefährdete Gläubiger; 292: der verletzte Jagdberechtigte.

28) Die §§. 61, 62 sprechen nur von dem zum Antrag Berechtigten, §. 65 von dem Verletzten, und dieser ist an den mannigfachen Stellen gemeint, in denen nur von dem Antrag als solchem die Rede ist.

29) Der Begriff ist also enger als in der St.P.O. §. 170.

30) Anderer Mg. Reichsgericht II 12. März 1880 (Entscheidungen I S. 306): auch jeder Gebrauchsberechtigte. Richtig v. Liszt, Lehrb. S. 175.

31) Anderer Mg. Merkel, v. H. Handbuch III S. 712; Dochow das. IV S 265; Herzog, Gerichtssaal 1874 S. 214 ff; Binding Handbuch. I S 622 f., welche nur den Eigenthümer, andererseits v. Liszt S. 331, der nur den Besitzer als antragsberechtigt erachtet. Ueber den Antragsberechtigten bei Hausfriedensbruch, Verletzung von Geheimnissen, Vollstreckungsvereitelung, Verletzung des Urheberrechts u.s.w. siehe den Besonderen Theil.

32) Vgl. auch die Fälle, in denen eine „Firma", eine „Behörde", ein Nachlaß (Reichsgericht II 16. Febr. 1883) als antragsberechtigt in Betracht kommen.

Antragsrecht zusteht [33]). Und auch für physische Personen kommt unter Umständen eine Vertretung in Betracht. So für Minderjährige [34]), für welche ihr gesetzlicher Vertreter [35]) zur Stellung des Antrags befugt ist. Ferner für Geisteskranke und Taubstumme, sofern ihnen ein Vormund gesetzt ist [36]). Nicht aber auch für Abwesende und Verschwender, obwohl auch sie unter Vormundschaft gesetzt sein können [37]) Dabei ist aber der Minderjährige vom zurückgelegten 18. Lebensjahre an auch seinerseits befugt den Antrag zu stellen, sodaß von da an das Recht seines Vertreters und sein eigenes neben einander hergehen. Das Recht des Vertreters erlischt mit dem Eintritt der Volljährigkeit sowie auch mit dem Tode des Mündels [38]), und zwar auch in Beziehung auf früher begangene Delicte. Unterläßt der gesetzliche Vertreter pflichtwidrig, den

33) Ist der Beschluß einer Korporation nöthig, so ist nicht erforderlich, daß auch dieser innerhalb der Frist (siehe unten) zur Kenntniß des Strafverfolgungsorgans gebracht werde.

34) Ob Jemand minderjährig ist, hat sich nach seinem Heimathsrecht zu entscheiden. Für das deutsche Reich gilt das Gesetz vom 17. Februar 1875, abgesehen von der „venia aetatis“ und der Volljährigkeit der Fürsten, für welche noch landesgesetzliche, bzw. hausgesetzliche Vorschriften maßgebend sind. Entscheidend ist die Minderjährigkeit zur Zeit des Antrags.

35) Wer dies ist, entscheidet sich nach Landesrecht, wonach meistens der Vater und eventuell der Vormund in Betracht kommt. Nicht auch von selbst die Mutter, auch nicht die des unehelichen Kindes; so für Preußen Reichsgericht II 16. April 1880. Nicht auch der Stiefvater einer außerehelichen Tochter; so für Bayern Reichsger. I 5. Jan. 1882 Als ungültig müssen landesgesetzliche Beschränkungen des gesetzlichen Vertreters in der Stellung oder Zurücknahme des Antrags erscheinen. Olshausen N. 8 zu §. 64.

36) Nicht bevormundete Geisteskranke und Taubstumme können den Antrag stellen, sofern sie thatsächlich dazu im Stande. Mit Unrecht erklären sie, bzw. den Geisteskranken für durchaus unfähig Reber S. 324, Oppenhoff N. 2 zu §. 35. Nicht maßgebend ist, ob eine Entmündigung erfolgt ist; Reichsgericht III 26. Februar 1881. Ueber Taubstumme vgl. noch Reichsgericht III 3 Juli 1885.

37) Anderer Mg. hinsichtlich der Abwesenden Holzapfel, Goltd. Archiv 1882 S. 437.

38) Anderer Meinung Nessel S. 56; richtig Olshausen N. 15 zu §. 65.

Antrag zu stellen, so hat dies dieselben Folgen, die auch an sonstige Pflichtwidrigkeiten desselben geknüpft sind. Ist der gesetzliche Vertreter selbst der Thäter [39]), so ist nach Lage des Gesetzes nicht ein Einschreiten von Amtswegen als zulässig zu betrachten; vielmehr ist ein curator ad hoc zu bestellen [40]).

d) Unabhängig von einer gesetzlichen Vertretung ist bei einzelnen Delictsarten, nämlich bei Beleidigungen und leichten Körperverletzungen (§§. 196, 232), gewissen dem Verletzten nahestehenden Personen ein Antragsrecht eingeräumt, nämlich dem Vater und dem Ehemann der verletzten Person, sowie dem Vorgesetzten des verletzten Beamten [41]), ein Recht, welches diesen Personen unabhängig von eigener Verletzung wegen ihrer nahen Beziehung zu dem Verletzten ertheilt ist.

e) Nicht aber ist im geltenden Recht von einem Uebergange des Antragsrechts nach dem Tode des Verletzten auf die Erben oder Angehörigen desselben die Rede [42]). Ebenso schon nach dem früheren gemeinen Recht, wogegen in einzelnen neueren Gesetzen ihnen in der That ein solches Recht ertheilt war [43]). Eine Ausnahme macht nur die Fortsetzung der von dem Verletzten erhobenen Privatklage durch die Angehörigen (St.P.O. §. 433), die aber auch nur in denjenigen Fällen für zulässig erklärt ist, in welchen die Angehörigen auch zur

39) Anderer Mg. Fuchs, Anklage und Antragsdelicte S. 63 ff. Vgl. allerdings Württemberg 1839 und den russischen Entwurf.

40) Reichsgericht III 7. Dec. 1881. Auch einen Antrag der Obervormundschaft hält für zulässig Binding, Handbuch I S. 627 Anm. 6. Nach dem holländ. St.G.B. treten Nebenvormund und Verwandte ein.

41) Derselbe braucht nicht ein deutscher Beamter zu sein; als Vorgesetzter kommt auch eine Behörde in Betracht. Je nach der Art der Verletzung können verschiedene Vorgesetzte in Betracht kommen.

42) Anderer Mg. Fuchs, Anklage und Antragsdelicte S. 56; vgl. jedoch Denselben in v. H. Rechtslexicon (Antragsdelicte). Eine Ausnahme ist auch nicht bei der Verletzung des Urheberrechtes begründet. A. Mg. Binding, Handb. I S. 624 zu Gunsten des Rechtsnachfolgers des Verlegers.

43) Beklagt wird der jetzige Zustand von Menzel, Privatklage S. 31, gebilligt von Hälschner I S. 716. Im holländ. Gesetzbuch ist in diesen Fällen den nächsten Angehörigen das Antragsrecht gegeben. Dies oder (etwa facultative) Verfolgung von Amtswegen sollte bestimmt sein.

Verfolgung einer dem Verstorbenen zugefügten Verletzung befugt sind (St.G.B. §. 189). Eine nur scheinbare Ausnahme liegt ferner darin, daß die unter d erwähnte Befugniß des Vaters u.s.w. auch nach dem Tode des Verletzten bestehen bleibt.

f) Sind mehrere Antragsberechtigte vorhanden, so ist das Recht des Einen unabhängig von demjenigen des Anderen [44]), was ebensowohl auf den Fall, wenn Mehrere verletzt sind, als wenn Jemand neben dem Verletzten befugt ist, Bezug hat. Auch ist nicht etwa auf den Antrag des Einen stets das ganze Delict zur Bestrafung zu bringen; vielmehr [45]) kann nach der auf Antrag des Einen erfolgten Bestrafung innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens noch eine nachträgliche Bestrafung auf den Antrag des Anderen stattfinden [46]);

g) Die einmal begründete Antragsberechtigung bleibt bestehen, auch wenn das Rechtsverhältniß, auf Grund dessen es bestand, inzwischen aufhörte [47]), wenn z. B der Eigenthümer der beschädigten Sache dieselbe nachträglich veräußert hat. Ebenso bleibt der gestellte Antrag gültig, auch wenn der Antragsteller nachträglich geisteskrank wird oder stirbt [48]).

h) Als rechtlich unwirksam [49]) ist ein Verzicht auf das

44) Das Recht des Einen kann also verjährt sein, ohne daß dadurch das des Andern berührt wird. Doch kann der Achtzehnjährige den Antrag nicht mehr stellen, wenn das Recht des gesetzlichen Vertreters schon verjährt ist, der neue Vertreter nicht mehr, wenn der frühere die Frist hatte verstreichen lassen. A. Mg. Binding, Handb. I S. 628; richtig Olshausen, N. 20 zu 65.

45) Anderer Meinung v. Bar, Goltd. Archiv 1871 S. 648; Olshausen N. 58 zu §. 61; Binding Handbuch I S. 632 Richtig Herzog, Gerichtssaal 1874 S. 202 ff.

46) Ueber den nothwendigen Beitritt zu der von dem einen Verletzten erhobenen Privatklage vgl. St.P.O §. 415, der keineswegs nur auf die unter d erwähnten Fälle zu beziehen ist.

47) Anderer Mg. Reber S. 341 f.

48) Anderer Mg. Olshausen, N. 15, 16 zu §. 61; richtig Binding, Handbuch I S. 659 Anm. 25, 661 (jedoch mit unrichtiger Begründung).

49) Anders das frühere gemeine Recht und verschiedene neuere Gesetze. Vgl. Lex 11 §. 1, l. 17 §. 6, 12 Dig. de injuriis 47, 10; §. 12 Inst. de injuriis 4, 4; Württemberg 1839; Bayern 1861.

Antragsrecht zu betrachten [50]), da dasselbe dem öffentlichen Rechte angehört und seine Verzichtbarkeit deßwegen besonders begründet sein müßte [51]). Und zwar hat dies sowohl für den gerichtlichen wie für den außergerichtlichen, für den vertragsmäßigen (Vergleich) wie für den einseitigen Verzicht zu gelten [52]). Noch weniger ist natürlich die Einwilligung zur Zeit der That geeignet, das Antragsdelict auszuschließen [53]), soweit nämlich dieselbe den Thatbestand des Delictes bestehen läßt.

5) Nicht aber kann der Antrag während der ganzen Verjährungsfrist des Delictes gestellt werden; vielmehr ist derselbe [54]) an eine besondere Frist, die sog. Antragsfrist gebunden:

a) Dieselbe ist nicht eine Proceßfrist, sondern eine Frist, an deren Einhaltung das betreffende Recht geknüpft ist [55]).

b) Bestimmt ist dieselbe im geltenden Recht auf drei Monat, was jedoch durch besondere Vorschriften modificirt wird [56]), wonach die Frist unter Umständen eine kürzere oder längere sein kann.

c) Die Frist beginnt mit demjenigen Tage, an welchem der Berechtigte [57]) Kenntniß von dem Delicte und von der Person

50) Anderer Mg. v. Schwarze, N. 10, 11, zu §. 61, N. 8 zu §. 64; Gerichtssaal 1873 S. 257; v. Bar, Goltd. Archiv 1871 S. 646; Rüdorff-Stenglein, N. 8 zu §. 64; Freudenstein, Ehrenkränkungen S. 116 f. Richtig Reichsgericht I 13. Januar 1881, II 1. April 1881; Olshausen, N. 49 zu §. 61; Binding S. 647.

51) Binding S. 647: da der Verletzte durch den Verzicht nicht aufhört Verletzter zu sein

52) Anderes gilt für die Privatklage, mindestens für den im sog. Sühnetermin geschlossenen Vergleich. St.P.O. §. 420. Darüber hinaus Olshausen, N. 19 zu §. 64; Binding, I S. 662.

53) Anderer Mg. Binding, Handbuch I S. 663.

54) Keine Frist ist genannt im Zollkartellvertrag mit Oesterreich vom 28 Mai 1881, §. 17, auf dessen Antrag aber wohl überhaupt die Vorschriften über das Antragserforderniß keine Anwendung finden. Vgl. oben Seite 357 Anm. 24 (über den Fall des §. 4 Nr. 3 Absatz 2)

55) Vgl. v. Kräwel, v. H. Rechtslexicon (Frist); mit Unrecht stellt die Eigenschaft derselben als einer Frist in Abrede Lehmann S. 25 f. Daß dieselbe „eine Verjährungsfrist" sei (Binding S. 641), habe ich nicht behauptet.

56) Vgl. St.G.B. §§. 198, 232 Absatz 2

57) D. h. der Verletzte, bzw. der gesetzliche Vertreter oder die

des Thäters erlangt hat[58]). Dabei muß das Delict demselben nach seinen wesentlichen[59]), gerade auch für seine Eigenschaft als Antragsdelict maßgebenden Beziehungen bekannt geworden sein. Was ferner den Thäter betrifft, so braucht der Berechtigte denselben nicht seinem Namen nach kennen gelernt zu haben; andererseits genügt nicht, daß er ihn gesehen hat; vielmehr kommt es darauf an, ob Derselbe ihm als Individuum hinreichend bekannt wurde. Dabei steht dem Thäter der Theilnehmer gleich, jedoch in der Art, daß die Kenntniß des Letzten genügt, um noch (innerhalb der Frist) den Antrag gegen diesen zu stellen, der dann (vgl. unten über die Untheilbarkeit des Antrags) die Verfolgung Aller nach sich zieht[60]) Bei relativen Antragsdelicten muß der Thäter dem Verletzten gerade in derjenigen Eigenschaft bekannt geworden sein, welche das Antragsrecht begründet[61]). Was aber die Kenntniß selbst betrifft, so genügt nicht eine bloße Vermuthung; andererseits wird aber auch nicht völlige Gewißheit erfordert[62]);

zu 4[d] genannten Personen. Dabei muß aber der Berechtigte als solcher Kenntniß erlangt haben, also der gesetzliche Vertreter schon Vertreter, der Minderjährige schon 18 Jahr alt sein u.s.w. Wird der Beschluß einer Gesammtheit erfordert, so kommt es darauf an, wann diese Kenntniß erlangt hat (Olshausen N. 19 zu §. 85).

58) St.G.B. §. 61; auch Urhebergesetz §. 35.

59) Es wird also nicht nur Kenntniß der Verübung, sondern auch der subjectiven Verschuldung erfordert Gleichgültig aber ist, ob der Verletzte die That als eine strafbare erkannt, bzw. ihre rechtliche Eigenschaft richtig aufgefaßt hat oder nicht. Ueber das fortgesetzte Delict siehe unten.

60) Anderer Mg. die Plenarentscheidung des Reichsgerichts vom 2. Januar 1884; v. Liszt S. 176; Olshausen N. 2 zu §. 63, welche die Antragsfrist in Beziehung auf Alle von der Kenntniß des Ersten datiren, ferner Nessel §. 41, nach welchem die Kenntniß von dem einzelnen Theilnehmer über das Antragsrecht in Betreff seiner entscheidet. Richtig Reichsgericht III 17. April 1880; Oppenhoff N. 31 zu §. 61; Schwarze Nr. 4 zu §. 61; Binding S. 639.

61) Nicht genügt, daß er erfahren hat, daß der Thäter zu der betreffenden Kategorie gehörte.

62) Aehnlich Binding, Handbuch S. 643: mehr als Verdacht, weniger als Gewißheit. Nicht genau Olshausen N. 32 zu §. 61: eine dem Bewußtsein des Verletzten unterbreitete thatsächliche Unterlage.

vielmehr kommt es auf eine solche Kenntniß an, die geeignet ist eine hinreichende Grundlage für das Vergehen gegen den Thäter zu bilden. — Mit Unrecht hat man einen späteren Beginn der Frist im Falle des Ehebruches behauptet (siehe oben Seite 351) [63]; wohl aber ist ein solcher anzunehmen, wenn das Antragserforderniß erst nach begangener That gesetzlich eingeführt wird, in welchem Fall die Antragsfrist erst beginnen kann mit dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes [64]. — Die Antragsfrist wird nicht a momento gerechnet, soll vielmehr beginnen mit dem Anfang der betreffenden Tages.

e) Die begonnene Frist läuft ununterbrochen (als tempus continuum), ohne Rücksicht, ob es dem Berechtigten thatsächlich möglich ist den Antrag zu stellen [65], und ohne daß ihm eine Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Frist in Aussicht gestellt wäre. Bei dem Eintritt eines Vertreters für den Verletzten, sowie bei einem Wechsel in der Person des Vertreters und ebenso bei dem Wegfall der Vertretung kann dem Vertreter, bzw. dem einen Vertreter, bzw. dem Verletzten selbst nur noch der Rest der Frist zustehen [66], dessen Beginn aber Kenntniß des Vertreters, bzw. neuen Vertreters voraussetzt.

63) So das Reichsgericht III 3. Januar 1880, I 23. März 1880; Schwarze, Rüdorff-Stenglein zu §. 1; v. Liszt S. 170, 177; Binding, S. 644, Letzterer mit der unrichtigen Begründung, daß der vor der Auflösung der Ehe gestellte Antrag nur ein bedingter sei. Richtig Oppenhoff N. 15 zu §. 172; Merkel, Rechtslexicon (Personenstand); Villnow, Goltd. Archiv 1865 S. 171 ff; Dochow, v. H. Handb. IV S. 273 f.; Fischer, Gerichtssaal 1879 S. 54 ff., 1880 S. 496 ff.

64) Anderer Mg. v. Bar, Goltd. Arch. 1871 S. 720; Nessel S. 14, Oppenhoff N. 18 zu §. 2, Lehmann S. 41 ff.

65) Anderer Mg. Nessel S. 43; Medem Gerichtssaal 1877 S. 581; Fuchs, Anklage S. 24 f.; Olshausen N 50 zu 61, die mit Unrecht das „Unterlassen“ des §. 61 von einer „Versäumung“ verstehen. — Eine Ausnahme macht die Seemanns-Ordnung §. 84 Absatz 5, während Holland bestimmt, daß die Frist für außerhalb Europa's begangene Delicte neun Monat (statt drei Monat) betrage.

66) Anderer Meinung Freudenstein, Ehrenkränkungen S. 122 f.; Binding S. 629, 646. Richtig Reichsgericht III 7. Dec. 81; Reber S. 463; Oppenhoff N. 16 zu §. 65; Olshausen N. 2 zu §. 62, N. 20 zu §. 65.

f) Die Frist ist vollendet mit dem Ablauf des letzten nach der Kalenderzeit zu ihr gehörenden Tages[67].

g) Hinsichtlich der Einhaltung der Frist trifft den Berechtigten keine Beweislast[68]; doch ist der Antrag abzuweisen, wenn seit der Begehung des Delicts mehr als drei Monat verstrichen sind, ohne daß aus den vorliegenden Umständen eine spätere Kenntnißnahme Seitens des Verletzten hervorgeht.

h) Uebrigens kann ein gültiger Antrag auch schon vor Beginn der Frist gestellt werden[69], wenn der Thäter z. B. Kenntniß von der That, aber noch nicht von der Person des Thäters erlangt hat.

i) Die Antragsfrist ist unabhängig von der Verjährungsfrist, worüber unten bei der Verjährung.

k) Die Antragsfrist ist nicht zugleich Frist für die Erhebung der Privatklage, welche letztere vielmehr auch noch später (innerhalb der Verjährungsfrist des Delictes) erhoben werden kann, sofern nur die Stellung des Antrags innerhalb der Antragsfrist voraufging[70].

6) Ueber den Antrag selbst gilt Folgendes:

a) Derselbe muß innerhalb der Antragsfrist zur Kenntniß eines Strafverfolgungsorganes, der Regel nach also des Gerichts, der Staatsanwaltschaft oder der Polizei gelangt sein[71]. Nicht aber braucht dieses Organ[72] das zuständige zu sein[73]; vielmehr

67) A. Mg. Rubo N. 10 zu §. 61; Schütze S. 669 N. 1. Richtig Reichsgericht I 22. Dec. 1879, III 16. November 1881. — Anders allerdings St.P.O. §. 43, wonach bei Proceßfristen der letzte Tag nicht mehr in die Frist hineinfällt.

68) Anderer Mg. Klebs, Goltd. Archiv 1871 S. 576.

69) Reichsgericht III 17. April 1880; III 30. April 1885. Olshausen N. 41 zu §. 54. Nicht richtig also Binding S. 640, daß die Ausübung des Antragsrechts durch die Kenntniß von dem Delicte bedingt sei.

70) Bestritten; vgl. Loewe, St.P.O. zu §. 414.

71) Außer denselben kommen noch die technischen Behörden (Finanzbehörden, Forstbehörden u.s.w.) in Betracht, welche zur Verfolgung der auf ihren Verwaltungszweig bezüglichen Strafsachen verpflichtet erscheinen.

72) Abgesehen von der allgemeinen Zuständigkeit der soeben genannten technischen Behörden.

73) Auch nicht das Gericht, da auch die Gerichte als verpflichtet

genügt es, wenn der Antrag zur Kenntniß irgend eines Strafverfolgungsorganes gelangt ist [74]). Nicht ausgeschlossen ist, daß der Antrag Seitens des verletzten Beamten oder der verletzten Behörde bei sich selber gestellt wird [75]). Kein Antrag auf Bestrafung ist in dem Antrag auf Sühneversuch (bei Beleidigungen, St.P.O. §. 420) zu erblicken [76]); wohl aber in der Erhebung einer Privatklage [77]), und zwar selbst in dem Fall, wenn der vorgeschriebene Sühneversuch nicht vorausgegangen sein sollte oder die Privatklage durch einen unzulässigen Vertreter erhoben war [78]).

b) Hinsichtlich des Inhalts des Antrags genügt, daß aus ihm der Wille den Thäter zur Strafe zu ziehen hervorgeht [79]), wonach auch eine Anzeige genügt, sofern jener Wille aus ihr mit hinreichender Deutlichkeit zu erkennen ist [80]). Nicht steht entgegen, daß der Berechtigte das Delict für ein Officialdelict hielt oder sich irrthümlich für verpflichtet erachtete den Antrag zu stellen [81]). Als ungültig aber ist ein bedingter Antrag zu betrachten [82]), da in ihm nicht der endgültige Wille, den Thäter zur Bestrafung zu ziehen, vorliegt. Für nicht beigefügt dagegen sind Vorbehalte zu erachten, welche vom An-

anzusehen sind, Sachen, für die sie nicht zuständig sind, an das zuständige Gericht zu befördern.

74) Anderer Meinung Olshausen, N. 21 zu §. 61, von welchem Zuständigkeit in abstracto verlangt wird.

75) Reichsgericht I 16. Juni 1881.

76) A. Mg. Medem, Gerichtssaal 1881 S. 497 ff.; v. Schwarze, Erörterungen 1. S. 45. Richtig Scherer, Gerichtssaal 1879 S. 344 f.; Olshausen, N. 23 zu §. 61; Binding, Handbuch I S. 658.

77) Menzel, Privatklage S. 42 f.; Olshausen N. 38 zu §. 61.

78) Olshausen N. 38 zu §. 61. — Keine Antragsstellung ist in der etwaigen Erhebung der öffentlichen Klage zu erblicken. Olshausen ebenda.

79) Handelt es sich um ein relatives Antragsdelict, so muß aus dem Antrage hervorgehen, daß der Verletzte gerade auch die Verfolgung der Angehörigen gewollt habe.

80) Reichsgericht III 9. März 1881; Olshausen N. 38 zu §. 61.

81) v. Bar, Goltd. Arch. 1871 S. 648, Reichsgericht III 1. April 1882.

82) Anderer Mg. Klebs, Goltd. Archiv 1871 S. 576 (überhaupt); Binding S. 656 (für den Fall, daß die Bedingung auf etwas Erlaubtes geht); Hälschner I S. 717 (nicht alle Bedingungen seien ungültig).

tragsteller gemacht werden [83]). Völlig gleichgültig endlich ist, ob und welche rechtliche Bezeichnung der That gegeben wurde; es genügt, wenn eine concrete That angegeben ist, die allerdings nach denjenien Bezeihnungen bezeichnet sein muß, welche für ihre Eigenschaft als Antragsdelict als wesentlich erscheinen [84]).

c) Unzulässig ist eine Theilung des Antrags, und zwar sowohl in dem Sinne, daß von dem Delict selbst nicht ein Theil herausgehoben, als in dem Sinne, daß von mehreren Betheiligten nicht die Bestrafung nur des Einen oder Mehrerer verlangt werden darf [85]).

Nicht aber ist ein beschränkter Antrag unwirksam, vielmehr ist anzunehmen, daß sich der Antrag von selbst auf das ganze Delict richtet [86]), und, was die Theilnehmer betrifft, so ist im Gesetze ausdrücklich gesagt (§. 63), daß das Verfahren gegen Alle stattfindet, auch wenn der Antrag nur auf die Bestrafung eines Theilnehmers gerichtet war [87]). Dasselbe gilt bei relativen Antragsdelicten in Beziehung auf diejenigen Theilnehmer, die zu dem Verletzten im gleichen Verhältniß stehen [88]). Anders jedoch verhält es sich, wenn die Verfolgung nur eines

83) Anderer Mg. (u. zwar für Ungültigkeit des Antrags) Freudenstein, Ehrenkränkungen S. 102 f. Binding S. 656 (für Ungültigkeit, im Falle der Vorbehalt etwas Unerlaubtes enthält). Richtig Reichsgericht II 7. Dec. 1880; Olshausen N. 46 zu §. 61.

84) Letzteres verkennt Reichsgericht III 22. April 1880 sowie Olshausen N. 40 zu §. 61.

85) Für Untheilbarkeit des Antrags auch Württemberg 1839 Daß dieselbe schon vom allg. Standpunct sich von selbst verstehe, nehmen an Geyer, v. Holtz. Encycl. S. 924; Binding, Handb. I S. 630. Vgl. aber Gerichtssaal 1881 S. 136, daß man es auch hier mit einer positiven Vorschrift zu thun hat.

86) Und zwar auch auf das ganze fortgesetzte Delict, wenn der Antrag nur auf einen Theil desselben gestellt ist. Ueber den Fall, wenn mehrere Personen verletzt sind und der Antrag nur von Seiten des Einen gestellt ist, siehe oben Seite 361.

87) Und zwar bezieht sich dies auch auf den Fall, daß der im Antrag Genannte sich als schuldlos herausstellt Olshausen N. 1 zu §. 63; Hüppner, Gerichtssaal 1886 S. 385. Ebenso auf den Fall, wenn der Antragsteller die übrigen Theilnehmer gar nicht gekannt hat; Reichsgericht III 28. März 1885.

88) Anderer Mg. Oppenhoff, N. 4 zu §. 63; Reber, Antrags-

Theils des Delictes oder die Bestrafung nur des einen Theilnehmers (bzw. die Straflosigkeit der Uebrigen) zur Bedingung des Antrags gemacht ist, in welchem Falle vielmehr sich der Antrag als ungültig darstellt [89]). Daß das Verfahren gegen Alle stattfindet, heißt natürlich nur, daß seiner Erstreckung auf die übrigen nichts entgegensteht.

d) Hinsichtlich der Form des Antrags wird nach dem geltenden Recht [90]) zwischen den bei Gericht oder der Staatsanwaltschaft gestellten Anträgen unterschieden, indem in ersterer Beziehung ein mündlicher, von den betreffenden Behörden niedergeschriebener [91]) Antrag genügt, wogegen in letzterer Beziehung [92]) die Einreichung eines schriftlichen Antrages verlangt wird. Nicht erforderlich ist, daß der letztere unterzeichnet sei [93]), sofern nur aus ihm die Person des Antragstellers mit hinreichender Deutlichkeit hervorgeht. Andererseits genügt es, daß der Antragsteller den von einem Anderen, etwa dem Polizeibeamten selbst, geschriebenen oder in der Form eines Protokolls gefaßten Antrag unterzeichnet [94]). Als schriftliche Form muß auch hier die Einsendung eines Telegrammes erscheinen [95]).

delicte S. 443. — Nicht aber zieht der gegen einen Nichtangehörigen (rechtlich nicht nothwendige) Antrag die Verfolgung des Angehörigen nach sich.

89) Vgl. das oben über den bedingten Antrag Gesagte. Reichgericht I 17. December 1881, III 1. April 1882, II 19. September 1882; Hälschner I S. 717; Olshausen, N. 45 zu §. 61.

90) Vgl. Strafprozeß-Ordnung §. 156.

91) Das Gesetz sagt „zu Protokoll" gegeben, was aber nicht nur von einem eigentlichen Protokoll, sondern auch von einer sogenannten „Registratur" zu verstehen ist, die nicht unterschrieben zu sein braucht. Reichsgericht I 28. Juni 1880.

92) Was auch auf den bei den Hülfsbeamten der Staatsanwaltschaft gestellten Antrag zu beziehen ist; Reichsgericht II 23. Nov. 1880.

93) Anderer Meinung Reichsgericht II 29. März 1881; Binding S. 658 f.

94) Reichsgericht I 28. Juni 1880 II 6. März 1881, I 28. Juni 1880, III 2. Februar 1881, III 5 März 1881, IV 14 Nov. 1884.

95) Reichsgericht I 16. Oct. 1884. Vgl. die Einlegung von Rechtsmitteln durch Telegramm und die Begehung von Urkundenfälschung durch ein solches.

e) Nicht nöthig ist, daß der Antrag durch den Berechtigten selbst gestellt wird; vielmehr kann sich derselbe auch eines Bevollmächtigten bedienen [96]), wobei auch mündliche Vollmacht zu einem schriftlich zu stellenden Antrage ausreicht [97]). Nicht aber ist nach Lage des Gesetzes eine im Voraus ertheilte, insbesondere eine sog. Generalvollmacht genügend; vielmehr ist nach Lage des Gesetzes, und zwar auch bei den Vermögensdelicten, stets eine Willenserklärung des Berechtigten selbst zu erfordern [98]), von dessen Entschließung die Bestrafung des Schuldigen abhängig sein soll.

7) Da aber der Antrag nicht bloß die Bedingung der Bestrafung ist, sondern auch die Bedingung der Strafverfolgung, so ist vor gestelltem Antrag nicht bloß die Verurtheilung [99]), sondern auch der Beginn und die Fortsetzung des Verfahrens unmöglich. Ausgenommen sind nur vorläufige Maßregeln, zu welchem Zwecke aber auch Zwangsmittel verhängt werden können und in welcher Hinsicht die vorläufige Festnahme und selbst die förmliche Verhaftung ausdrücklich [100]) für zulässig

96) Stirbt der Berechtigte oder wird er geisteskrank, bevor der Antrag gestellt wird, so erlischt die Vollmacht. Reichsgericht III 1. Mai 1880; Olshausen N. 15, 16 zu §. 61, N. 12 zu §. 65.

97) Reichsgericht II 10. Dec. 1880, II 21. März 1881. Auch ist nicht nöthig, daß der Bevollmächtigte sich als solcher kundgiebt; Reichsgericht II 19 Dec. 1879. Nicht aber kann vermuthete Vollmacht oder nachträgliche Zustimmung genügen. Reichsgericht I 13. Juni 1881, III 17. Juni 1882, IV, 14. Nov. 1884.

98) Anderer Meinung Reichsgericht III 1. Mai 1880, III 7. Dec. 1881, II 16. Febr. 1883, IV 14. Nov. 1884; Bolze, Gerichtssaal 1880 S. 440 ff.; Oppenhoff, Schwarze, Olshausen zu §. 61; Geyer, Grundriß S. 208; v. Liszt, S. 176. Richtig Holzapfel, Goltd. Archiv 1882 S. 428 ff.; Binding, Handbuch I S. 652 f.

99) Fehlt bei der Aburtheilung der Antrag, so findet nach dem geltenden Recht (St.O. §. 259 Absatz 2) nicht Freisprechung, sondern Einstellung des Verfahrens (übrigens durch Urtheil) statt, die eine spätere Verfolgung nicht ausschließt; Reichsgericht II 31. Mai 1881.

100) Nur diese Zwangsmaßregeln hält für zulässig Reichsgericht I 3. Febr. 1882; Olshausen, N. 56 zu §. 61. — Ausgeschlossen ist sowohl Eröffnung der Voruntersuchung wie Eröffnung des Hauptverfahrens; ausgeschlossen auch das sog. objective Verfahren nach St.G.B. §. 42 (Reichsgericht. I 25. Sept. 1884).

erklärt ist (St.P.O. §§. 127 Absatz 3, 130), wobei nur eine nähere Vorschrift hinsichtlich einer in diesen Fällen dem Berechtigten zu stellenden besonderen Frist ertheilt ist. Auch kann der Antrag nachgeholt werden bis zur Verkündigung des Urtheils [101]), was nöthigenfalls noch in der Berufungsinstanz geschehen kann.

8) Der gestellte Antrag hat die Wirkung, daß nunmehr das Verfahren beginnen, bzw. bis zum Urtheil fortgeführt werden kann; wobei aber auch nach dem geltenden Recht in gewissem Umfange eine wirksame Zurücknahme des Antrags für zulässig erklärt ist [102]). Doch ist dieselbe

a) beschränkt auf bestimmte Delictsarten [103]), bzw. auf den Fall, wenn das Delict von einem Angehörigen des Verletzten verübt wurde [104]). Was ferner

b) den Zeitpunct betrifft, bis zu welchem die Zurücknahme zulässig sein soll, so hat sich das geltende Recht in dieser Beziehung allgemein für die Verkündigung des Urtheils und zwar eines auf Strafe [105]) lautenden Urtheils entschieden, worunter nicht nothwendig das Urtheil erster Instanz, sondern möglicher-

101) Reichsgericht II 20. April 1883. Anderer Meinung Binding, Normen I S. 91 (richtig Handbuch I 645); Freudenstein, Ehrenkränkungen S. 106 f.

102) Vom allgemeinen Standpunct muß dieselbe für die erste Classe von Antragsdelicten als angemessen, für die zweite als unangemessen erscheinen. Anders Binding I S. 662, der die Zurücknehmbarkeit des Antrags allgemein „dem Grundgedanken" des Antragserfordernisses entsprechend erachtet. Vgl. auch hier Gerichtssaal 1881 S. 137.

103) St.G.B. §§. 102, 103, 104, 194, 370 Nr. 5, 6, Urhebergesetz §. 27. Anders das ursprüngliche St.G.B., welches die Zurücknahme bei allen Antragsdelicten für zulässig erklärte. Andererseits der Entwurf der Novelle von 1876, der dieselbe auf die Beleidigung beschränkte. Die Zurücknahme bei Beleidigung und leichter Körperverletzung ist nicht dadurch ausgeschlossen, daß (vgl. St.O. §. 416) die Staatsanwaltschaft im öffentlichen Interesse einschritt; Reichsger. III 14. April 1880.

104) St.G.B. §§. 232, 247, 263, 292, 303.

105) Nicht gehört hierhin ein Urtheil, welches die Schuld feststellt, aber wegen Mangels einer weiteren Voraussetzung der Strafbarkeit oder wegen Vorhandenseins eines Strafausschließungsgrundes freispricht. Ebensowenig ein Urtheil auf Grund des St.G.B. §. 42 (anders Binding, Handb. I S. 649 Anm. 7). Und endlich auch nicht eine vorläufige Straffestsetzung nach St.P.O. §§. 447, 453, 459.

weise noch das Urtheil höherer Instanz zu verstehen ist [106]). Anders frühere Gesetze, von welchen die Zurücknahme theils nur innerhalb einer bestimmten Frist [107]), theils nur bis zur ersten gerichtlichen Vernehmung [108]), theils bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens [109]), theils aber auch noch bis zur Vollstreckung [110]) für zulässig erklärt war [111]). Dabei ist im Sinne des geltenden Rechts nicht das Ende, sondern der Anfang der Urtheilsverkündigung als maßgebend zu betrachten [112]). Nicht ausgeschlossen ist eine gültige Zurücknahme, bevor noch der Antrag zur Kenntniß des Gerichtshofs gelangt ist.

c) Auch die Zurücknahme ist ungültig, wenn sie nur in bedingter Weise erklärt ist; auch hier aber sind Vorbehalte als nicht beigefügt zu erachten.

d) Auch die Zurücknahme umfaßt, wie anzunehmen, das ganze Delict [113]), sowie sämmtliche Theilnehmer an demselben, wie im Gesetze (§. 64 Absatz 2) ausdrücklich gesagt ist [114]). Doch muß es sich um einen wirklichen Theilnehmer handeln,

106) Ebenso dasjenige Urtheil, welches nach Zurückweisung der Sache in die untere Instanz oder in Folge einer Wiederaufnahme gefällt wird. — Ueber die Zurücknahme der Privatklage siehe St.P.O. §. 431, wo dieselbe in allen Fällen noch in zweiter Instanz für zulässig erklärt ist.

107) Bayern 1861, acht Tage.

108) Württemberg 1838, abgeändert 1849.

109) Preußen 1851 als Regel; ebenso ursprünglich das Reichs-St.G.B. für die Fälle der §§. 176, 177, für welche das Antragserforderniß durch die Novelle von 1876 beseitigt wurde.

110) So Preußen 1851 für einige Fälle, ebenso ursprünglich das Reichs-St.G.B. (§. 194 Absatz 2) für den Fall der Verfolgung der Beleidigung im Wege der Privatklage.

111) Für Zurücknahme nur bis zum Beginn des gerichtlichen Verfahrens Hälschner I S. 709. — Ueber die Zurücknahme der Privatklage siehe St.P.O. §. 431.

112) Nur dies entspricht der Würde der Rechtspflege. A. Mg. Olshausen N. 5 zu §. 64; richtig Binding, I S. 649.

113) Anderer Mg. Dochow, v. H. Handbuch IV S. 283, nach welchem beigefügte Beschränkungen die Zurücknahme ungültig machen, was nur für den Fall richtig ist, daß die Beschränkung zu einer Bedingung der Zurücknahme gemacht ist.

114) Reichsgericht I 15. November 1883.

sodaß die Zurücknahme gegen den als schuldlos Erkannten nicht auch die Zurücknahme gegen die Uebrigen bedeutet[115]).

e) Gleich ist, aus welchem Beweggrunde die Zurücknahme erfolgte[116]). Ebenso ist sie an keine bestimmte Form gebunden; vielmehr genügt es, wenn sie in erkennbarer Weise erklärt ist. Auch sie kann durch einen Bevollmächtigten stattfinden[117]). Nicht nothwendig ist eine Zurücknahme des Antrags in der Zurücknahme der Privatklage enthalten[118]), die auf ganz anderen Motiven, z. B. auf der Erwartung, daß der Staatanwalt vorgehen werde, beruhen kann.

f) Die Zurücknahme braucht nicht vor derselben Behörde erklärt zu sein, bei welcher der Antrag gestellt war. Auch sie braucht nicht dem zuständigen Gerichte gegenüber erklärt zu sein; wohl aber muß sie rechtzeitig, d. h. vor der Verkündigung des Urtheils, zur Kenntniß des zuständigen Gerichts gelangt sein.

g) Wird der Antragsteller geisteskrank, so kann der Antrag von dem gesetzlichen Vertreter zurückgenommen werden[119]); ebenso bei einem Wechsel des gesetzlichen Vertreters der von dem früheren gestellte Antrag durch den Nachfolger, insbesondere der Antrag des Vaters durch den Vormund. Nicht aber ist von einer Zurücknahme durch die Erben oder Angehörigen des inzwischen verstorbenen Verletzten die Rede.

h) Auch hinsichtlich der Zurücknahme ist der Antrag des Einen unabhängig von dem des Andern[120]), sodaß die Straf-

115) Oppenhoff, N. 19 zu §. 64; Olshausen, N. 9 zu §. 64; Hüppner, Gerichtssaal 1886 S. 393.

116) Sie ist also auch gültig, wenn sie gegen Entgelt stattfand.

117) Nicht ausgeschlossen ist, daß dies der Beschuldigte selbst ist.

118) Anderer Mg. Hälschner, I S. 720; Freudenstein, Ehrenkränkungen S. 185; Binding I S. 650 (von welchem die Zurücknahme der Privatklage für die „denkbar energischste" Form der Zurücknahme des Antrags erklärt wird). Richtig Oppenhoff N. 3 zu § 64; Olshausen N. 21 zu §. 64; v. Liszt S. 178 Anm. 22. In der Entscheidung Reichsgericht II 20. April 1883 ist nur gesagt, daß die Zurücknahme der Privatklage eine Zurücknahme des Antrags enthalten kann, was sogar regelmäßiger Weise der Fall ist.

119) Anderer Mg. Binding I S. 650. Richtig Reber S. 515; Dochow, v. H. Handbuch IV S. 281; Hälschner I S. 720; Olshausen N. 22 zu §. 65.

120) Vgl. Reichsgericht II 20. April 1883: das Antragsrecht des

barkeit bestehen bleibt, wenn nicht alle gestellten Anträge zurückgenommen wurden.

i) Die Wirkung der Zurücknahme ist die gleiche, wie wenn überhaupt kein Antrag gestellt wäre[121]. Doch geht das Verfahren gegen Diejenigen fort, deren Bestrafung nicht von einem Antrag abhängt[122], bzw. hinsichtlich deren eine Zurücknahme nicht als zulässig erscheint. Von einer Befugniß des Beschuldigten, die Fortsetzung des Verfahrens zu verlangen, ist im geltenden Recht nicht die Rede[123]. Ausgeschlossen ist eine Erneuerung des Antrags, was im Gesetze selbst nicht gesagt ist, im Sinne des Gesetzes aber als selbstverständlich erscheint[124].

k) Ueber das Verhältniß von Reichs- und Landesrecht zu diesem Erforderniß vgl oben S. 146; über den Einfluß, den ein Wechsel der Gesetzgebung auf dasselbe ausübt, vgl. oben S. 151, 352 Anm. 22 und über das Verhältniß dieses Erfordernisses zu der subjektiven Verschuldung vgl. oben Seite 194.

Vorgesetzten wird durch die Zurücknahme Seitens der Beamten nicht berührt.

121) Ueber die eventuelle Einstellung des Verfahrens durch Urtheil vgl. St.P.O. § 259 Absatz 2.

122) Reichsgericht I 19. Dec. 1881 (Entscheidungen V S. 274).

123) Anders Württemberg 1839, Braunschweig 1840.

124) Anderer Meinung Stenglein, Gerichtssaal 1883 S. 312; Rubo, N. 11. zu §. 64.

Zweites Kapitel.

Negative Voraussetzungen.

§. 44 (69).

Im Allgemeinen[1]).

1) Trotz begründeter Schuld kann die Strafbarkeit ausgeschlossen sein durch bestimmte Umstände, welche die Bestrafung als unmöglich oder unangemessen erscheinen lassen und deßwegen Strafausschließungsgründe (auch Strafaufhebungsgründe) genannt werden. Verschieden sind dieselben von den Schuldausschließungsgründen einerseits (siehe oben S. 310 ff.) sowie von den Proceßhindernissen (Fehlen einer Proceßvoraussetzung) andererseits, d. h. von denjenigen Thatsachen, welche aus processualen Gründen der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens entgegenstehen, wie dies z. B. mit der Geisteskrankheit des Beschuldigten zur Zeit des Prozesses der Fall ist[2]). Nicht ausgeschlossen freilich ist, daß ein und derselbe Umstand Strafausschließungsgrund und zugleich Proceßhinderniß sein kann, wie dies z. B. mit dem Tode des Thäters sowie mit der vor der Aburtheilung erfolgten Begnadigung (Niederschlagung des Verfahrens, Abolition), und nach Lage der Gesetzgebung auch mit der Verjährung der Fall ist[3]). Stets aber

1) Samuely, Gerichtssaal 1880 S. 1 ff.; v. Risch, Gerichtssaal 1884 S. 241 ff.

2) Vgl. v. Kries, Zeitschrift für Strafrechtswiss. 1885 S. 1 ff.

3) Was freilich die Verjährung betrifft, so ist dies nur um deßwillen der Fall, weil die Analogie des §. 259 Absatz 2 zutrifft, während vom allgemeinen Standpunkt im Falle nachträglich erkannter (genau genommen selbst im Falle nachträglich vollendeter) Verjährung Freisprechung eintreten müßte. Auch nach dem geltenden Recht nehmen Letzteres an Samuely, S. 5; v. Kries, S. 12; Binding, Handb. I S. 830; Reichsgericht III 21. Juli 1882 und unsere frühere Auflage. Richtig Olshausen N. 8 zu §. 66; v. Risch S. 260 f.

hat in diesen Fällen bei einem Wechsel der Gesetzgebung die Vorschrift des §. 2 des St.G.B Anwendung zu finden (vgl. oben S. 151 f.), da in allen diesen Fällen eine Vorschrift des materiellen Strafrechtes vorliegt [4]). Einseitig ist es, in diesen Fällen von einem Untergang des Strafrechts im subjectiven Sinne zu sprechen [5]), da ebenso die Strafpflicht, vor Allem aber die Strafbarkeit selber hinwegfällt. Und wenig zutreffend endlich ist es, wenn man die Strafausschließungsgründe in normale und anomale getheilt hat [6]). Auch die Strafausschließungsgründe endlich sind von Amtswegen zu beachten; auch bei ihnen aber hat nicht nur der bewiesene Umstand zur Freisprechung zu führen; vielmehr müssen auch hier erhebliche Zweifel an dem Nichtvorhandensein eines solchen genügen [7]). Wegen Verjährung z. B. ist schon dann freizusprechen, wenn es nach der thatsächlichen Feststellung möglich bleibt, daß das Delict hinter der Verjährungsfrist zurückliegt.

2) Als Strafausschließungsgrund bei einzelnen Delicten erscheint

a) die sog. thätige Reue [8]) welcher das Gesetz nicht nur bei dem Versuche (siehe oben Seite 264 ff.), sondern in einzelnen Fällen auch bei dem vollendeten Delict die Wirkung eines Strafausschließungsgrundes ertheilt hat [9]). Es gehört hier-

4) Anders Oppenhoff, N. 1 zu §. 66, der die Grundsätze über die Verjährung als proceßrechtliche ansieht. Anders auch Binding, Handbuch I S. 196, 818 ff., nach welchem durch die Verjährung zunächst nur das Strafklagrecht und nur mittelbar auch das Strafrecht selber berührt wird.

5) Worauf neuestens Werth gelegt wird, so von v. Liszt, Lehrbuch 277 f.; v. Kries, Gerichtssaal 1885 S. 12; Binding, Handb. I S. 808 ff.

6) So Binding, Handbuch I S. 809 f.; doch ist nicht einzusehen, warum z. B. die Verjährung ein weniger normaler Strafausschließungsgrund als die Begnadigung sein soll.

7) Vgl. das oben auf S. 184. f., 311 hinsichtlich der Unzurechnungsfähigkeit und der Schuldausschließungsgründe Gesagte.

8) Geyer, Gerichtssaal 1866, 1869; Fornet, daselbst 1868; Meves, daselbst 1872; Binding, Zeitschrift von Grünhut 1876 S. 686 ff. Auch Pernice, Labeo II S. 47 f.

9) Der Grund ist nicht, daß die thätige Reue ein Zeichen wäre, daß schon das Delict selbst mit einem geringeren Maße von rechts-

hin die Herausforderung zum Zweikampf sowie die Annahme desselben (St.G.B. §. 204), die straflos werden, sobald die Parteien den Zweikampf freiwillig wieder aufgeben; ferner die Thätigkeit der Kartellträger bei einem Zweikampf (§. 209), die dadurch straflos wird, daß dieselben (vorher oder nachher) zur Verhinderung des Zweikampfes ernstlich bemüht waren [10]; ferner die falsche eidliche oder eidesstattliche Versicherung (§. 163 Absatz 3), die dann straflos sein soll, wenn der Thäter noch rechtzeitig (siehe das Gesetz) widerruft; und endlich die Brandstiftung (§. 310), die dadurch straflos wird, daß der Thäter den Brand, bevor derselbe entdeckt wurde und weiterer Schaden entstanden war, wieder gelöscht hat [11]). Dabei ist im vorletzten Fall (§. 163) nur die fahrlässige, im letzten Falle (§. 310) dagegen auch die vorsätzliche Verübung als diejenige genannt, welcher jene Vergünstigung zu theil wird;

b) die Strafaufrechnung [12]) oder Strafencompensation, welche das Gesetz bei einzelnen gegen die Person gerichteten Delicten, nämlich bei Beleidigungen und leichten Körperverletzungen im Falle wechselseitiger Verübung (Retorsion) (St.G.B. §§. 199, 233), für zulässig erklärt hat. Herstammend aus den im früheren Recht für diese Delicte gedrohten Privatstrafen [13]), ist diese in die meisten neueren Gesetze [14]) übergegangene Einrichtung nicht dadurch gerechtfertigt, daß in diesen Fällen

widriger Gesinnung verübt sei, (so Binding S. 688), als daß dadurch das Gewicht der That verringert erscheint.

10) Binding, Handbuch I S. 816.

11) Nicht aufgenommen ist in das geltende Recht der Ersatz als Strafausschließungsgrund bei Vermögensdelicten, wie er u. A. in Sachsen 1855 u. 1868 und im geltenden österreich. Rechte vorkommt. Ebensowenig die Selbstanzeige und die Anzeige von Mitschuldigen, die in älteren Gesetzen als Strafausschließungsgrund genannt waren.

12) Marcinowski, Goltd. Archiv 1865; Schwarze dass. 1874; Geyer, Gerichtssaal 1874 S. 321 ff.; v. H. Handb. IV S. 379.

13) Vgl. schon Lex 10 §. 2 Dig. de compensationibus 16, 2; Lex 36 Dig. de dolo malo 4, 3; Lex 154 Dig. de regulis juris 50, 17.

14) In einzelnen (Braunschweig 1850, Hessen-Darm. 1841, Thüringen 1850) übrigens nur so, daß der zweite Thäter (Retorquent) für möglicherweise straffrei erklärt wurde.

stets ein hoher Affect vorliege oder daß der Thäter sich selbst Genugthuung verschafft habe, vielmehr dadurch, daß in diesen Fällen das öffentliche Interesse zurücktritt [15]). Dieselbe bezieht sich nicht auf den Fall, wenn auf der einen Seite die Verletzung eines Beamten als solchen [16]) oder eine Verletzung des Staatsoberhaupts vorliegt; wohl aber auf den Fall, wenn der eine der beiden Theile ein Abgeordneter ist, welchem (vgl. oben S. 169 f.) das Privilegium der Straffreiheit zukommt [17]).

3) Allgemeine Strafausschließungsgründe dagegen sind

a) der Tod des Schuldigen [18]), mit dessen Eintritt nicht nur die Strafvollstreckung, sondern schon Beginn und Fortsetzung des Verfahrens hinwegfällt. So schon das ältere Recht („crimen mortalitate extinguitur"), abgesehen davon, daß in demselben eine sog. damnatio memoriae vorkam [19]), daß unter Umständen Strafen am Leichnam oder in effigie vollzogen wurden [20]) und daß Vermögensstrafen auch nach dem Tode des Schuldigen zur Vollstreckung gelangten [21]). Und eine Ausnahme in letzterer Beziehung kennt auch das geltende Recht [22]), indem (St.G.B. §. 30) solche Geldstrafen, auf welche

15) Gerichtssaal 1881 S. 143; gegen die Einrichtung Geyer, Gerichtssaal 1866, 1869.

16) Reichsgericht II 4. Juli 1882; III 23. Sept. 1882.

17) Anderer Mg. Reichsgericht III 5. März 1881; richtig Zimmermann, Goltd. Archiv 1883 S. 197 ff.

18) Mit Unrecht giebt demselben eine nur thatsächliche Bedeutung v. Liszt, Lehrbuch S. 278.

19) So nach römischem Recht im Fall des crimen majestatis Lex 5 Cod. ad Legem Juliam majestatis 9, 8; §. 3 Jnst. de publicis judiciis 4, 18.

20) So im älteren deutschen Recht und noch nach dem preuß. Landrecht von 1794, dem österr. St.G.B. von 1803 und der preuß. Crim.-O. von 1805. Vgl. Walter, Gerichtssaal 1867 S. 268.

21) Dies sogar ohne daß bei Lebzeiten rechtskräftig erkannt zu sein brauchte und bei einigen Delicten ohne daß bei Lebzeiten auch nur das Verfahren eingeleitet zu sein brauchte. Lex 20 Dig. de accusationibus 48, 2. Vgl. auch das oben (S. 314) über den Selbstmord Gesagte.

22) Gegen dieselbe u. A. Zachariae, Archiv 1853 S. 389 ff.; Geyer, Gerichtssaal 1865 S. 161 ff.; Walther daselbst 1867; Lueder Gerichtss. 1877; Stooss, Vermögensstrafen S. 14 ff.; Kronecker, Goltd. Archiv 1880 S. 20 ff.; Binding, Handbuch I S. 812. — Dafür nur noch Einzelne, so Wächter, Vorlesungen S. 300; Fuchs, Goltd. Archiv 1881 S. 432.

noch bei Lebzeiten des Schuldigen rechtskräftig erkannt wurde, in seinen Nachlaß vollstreckt werden sollen. Eine rechtskräftige Entscheidung über die Geldstrafe kann auch dann vorliegen, wenn noch gegen die Entscheidung über die Kostenfrage oder über die Buße ein Rechtsmittel eingelegt wurde [23]). Als rechtskräftige Entscheidung erscheint auch die vorläufige Straffestsetzung, falls die Frist für den Antrag auf gerichtliche Entscheidung abgelaufen ist. Das „kann" in §. 30 hat nicht die Bedeutung, daß die Maßregel in das freie Ermessen des Gerichtes gestellt ist;

b) die Verjährung, worüber in §. 45;

c) die Begnadigung, worüber in §. 46.

4) Keinen Strafausschließungsgrund bildet die nach der That eingetretene Geisteskrankheit des Schuldigen [24]), durch welche vielmehr (St.P.O. §. 487) nur ein Aufschub der Strafvollstreckung bewirkt wird. Ebensowenig die Nichtstellung des Antrags oder die Zurücknahme desselben bei Antragsdelicten [25]), die vielmehr nur als der Nichteintritt, bzw. als der Wegfall einer positiven Voraussetzung der Strafbarkeit erscheinen. Und ebensowenig endlich die schon erfolgte rechtskräftige Aburtheilung [26]), die sich vielmehr als ein processuales Hinderniß darstellt.

§. 45. (70).

Die Verjährung [1]).

1) Ein allgemeiner Strafausschließungsgrund ist die Verjährung, d. h. der Ablauf einer bestimmten Zeit nach begange-

23) Binding, Handbuch I S. 813.

24) Anderer Meinung Heinze, v. H. Handb. II S. 593; Geyer, v. H. Encyclopädie S. 919. Vgl. schon unter Nr. 1.

25) Anderer Mg. v. Risch, Gerichtssaal 1884 S. 253.

26) Anderer Mg. v. Kries, Gerichtssaal 1885 S. 12; Binding, Handbuch I S. 816.

1) Unterholzner, Verjährungslehre, 2. Aufl. ed. Schirmer Leipzig 1858; Dambach, Beiträge zur L. von der Criminalverjährung Berlin 1860, Goltd. Archiv 1861; Schoch, Betrachtungen Schaffhausen 1860; Hirzel, Verjährung Zürich 1860; Abegg, Verjährung rechtskräftig

nem Delict, wonach die Verhängung der Strafe als unnöthig oder unangemessen erscheint [2]. Wesentlicher Grund hiefür ist nicht [3], daß der Schuldige inzwischen auf andere Weise (durch Gewissensbisse oder Furcht vor Entdeckung) hinreichend bestraft sein könne, oder daß er sich inzwischen gebessert haben könne [4], oder daß der Widerspruch zwischen Thatsache und Recht (genauer zwischen der thatsächlichen Nichtbestrafung vieler Fälle und der rechtlichen Nothwendigkeit ihrer Bestrafung) durch das Recht selbst ausgeglichen werden müsse [5], oder daß der Beweis des Delictes, insbesondere auch der Vertheidigungsbeweis mit der Zeit unsicher geworden sein könne [6]. Vielmehr liegt der wesentliche Grund der Verjährung in der tilgenden und umwandelnden Macht der Zeit [7], vermöge deren nach kürzerer oder längerer Zeit sowohl die Gerechtigkeit, wie die Zweckmäßigkeit der Strafe hinwegfällt [8], erstere, da die Beziehung des Thäters zu seiner eigenen Verschuldung eine zu entfernte wird, als daß noch von gerechter Vergeltung die Rede sein könnte, letztere, da durch den Ablauf der Zeit das Strafbedürfniß der bürgerlichen Gesellschaft hinwegfällt. Dieser Grund aber führt

erkannter Strafen Breslau 1862; Schwarze, Bemerkungen Erlangen 1867; Kill, Gerichtssaal 1868; Arndt Goltd. Archiv 1870; Pulvermacher das. 1870; Heinze, v. H. Handb. II S. 594 ff.; v. Risch, Gerichtssaal 1884 S. 241 ff.; Geyer, Rechtslexicon (Verjährung).

2) Gegen die Verjährung oder wenigstens für Beschränkung derselben auf Polizeidelicte Beccaria, Stuebel, Feuerbach und selbst noch Henke, Handbuch IV S. 172 ff.

3) Von den Meisten werden mehrere Gerichtspuncte verbunden, wie z. B. Wächter, Vorlesungen S. 302 drei, Geyer, v. H. Encycl. S. 919 fünf Rücksichten aufführt.

4) Zwei insbesondere in früherer Zeit vielfach geltend gemachte Gesichtspuncte.

5) Heinze, v. H. Handbuch II S. 609 ff; Hälschner I S. 695; Risch, Gerichtssaal 1884 S. 255; v. Liszt S. 282.

6) Unzweifelhaft mitwirkend, wird dieser Gerichtspunct als einziger hervorgehoben von Binding, Handbuch I S. 823.

7) Köstlin, System S. 482; Abegg, Verjährung rechtskräftig erkannter Strafen S. 25 f.

8) Vgl. Gerichtssaal 1881 S. 142.

nicht nur zur Verjährung der Strafverfolgung[9]), sondern auch zu der (erst in neuerer Zeit anerkannten) Verjährung der Strafvollstreckung[10]) (im Falle des schon rechtskräftig festgestellten Delictes), da auch das rechtskräftige Urtheil nicht die Macht hat, die erkannte Strafe ins Unendliche als gerecht und zweckmäßig erscheinen zu lassen[11]).

2) Im römischen Recht[12]) lange Zeit nur bei den delicta privata anerkannt, die theils in Fristen von 30 Jahren, theils in Fristen von 1 Jahre verjährten[13]), wurde die Verjährung von crimina publica aufgenommen zuerst für die in der Lex Julia de adulteriis bedrohten Delicte, deren Frist auf 5 Jahre festgesetzt wurde[14]), bis in der Kaiserzeit eine allgemeine Verjährungsfrist für crimina publica von 20 Jahren zu Anerkennung gelangte[15]). Keine Verjährung als allgemeines Rechts-

9) Nicht angemessen auch Delicts- oder Verbrechensverjährung genannt, da nicht das Delict verjährt, sondern die Strafbarkeit desselben, oder Strafklagrechtsverjährung (Binding), da nicht nur die Strafklage, sondern die gesammte Strafverfolgung verjährt.

10) Nicht angemessen auch Strafverjährung genannt, da nur die der Vollstreckung bedürftigen Strafen verjähren, oder Strafrechtsverjährung (Binding), da auch die Verjährung der Strafverfolgung die Verjährung des Strafrechts voraussetzt.

11) Vgl. Abegg, die Verjährung rechtskräftig erkannter Strafen Breslau 1862. Anderer Mg. Binding, Handbuch I S. 828, in Verbindung mit der oben (Anm. 6) angeführten Meinung. Drei Arten der Verjährung unterscheidet der rußische Entwurf von 1882 (Verjährung vor eingeleitetem Verfahren, Verjährung nach eingeleitetem Verfahren und Verjährung nach Rechtskraft des Urtheils), von denen aber die erste und zweite zusammen unserer Verjährung der Strafverfolgung entsprechen.

12) Demelius, Untersuchungen aus dem römischen Civilrecht I Weimar 1856; Dambach, Beiträge S. 29 ff.

13) Letzteres die praetorischen Poenalklagen, wie insbesondere die actio injuriarum.

14) Ebenso die Verjährung des sog. crimen peculatus (siehe den Besondern Theil) und der Zolldelicte. Lex 7 Dig. ad legem Juliam peculatus 48, 13; Lex 2 Cod. de vectigalibus 4, 61.

15) Wahrscheinlich nach Vorgang der zwanzigjährigen Verjährungsfrist fiscalischer Ansprüche aus Delicten. Lex 153 Dig. de jure fisci 49, 14.

institut kannte das canonische Recht und das ältere deutsche Recht, in welchem letzteren aber doch vereinzelte Bestimmungen dieser Art vorkommen, bis, bei dem Schweigen der Carolina, in der gemeinrechtlichen Praxis im Allgemeinen [16]) die Grundsätze des römischen Rechts über die Verjährung zur Anwendung gelangten. Anders die neueren Gesetzgebungen, von welchen meist [17]) eine größere Abstufung der Verjährungsfristen eingeführt und neben der Verjährung der Strafverfolgung zuerst auch die Verjährung der Strafvollstreckung eingeführt wurde. In letzerer Beziehung ging voran die französische Gesetzgebung von 1791 und 1808 [18]), der zuerst Sachsen 1838 und Württemberg 1839, dann auch andere Gesetzgebungen [19]) gefolgt sind.

3) Unverjährbar ist nach dem geltenden Recht kein Delict, während vom früheren Recht in dieser Beziehung theils für bestimmte Delictsarten [20]), theils für todeswürdige und mit lebenslänglicher Freiheitsstrafe bedrohte Delicte [21] Ausnahmen gemacht oder doch für todeswürdige Delicte bestimmt war, daß dieselben nach längerem Zeitablauf nicht mit dem Tode, sondern mit lebenslänglicher Freiheitsstrafe bestraft werden sollten [22]). — Von einander unabhängig ist die Verjährung ideal mit einander concurrirenden Delicte, sodaß z. B. die mit dem Raube ver-

16) Ausnahmen siehe bei Wächter, Vorlesungen S. 305.

17) Eine Ausnahme machten einzelne Gesetze, die sich mit den römischen Fristen von 20 und 5 Jahren oder (wie Sachsen 1838) mit einer Frist von 15 Jahren begnügten. Die sehr kurzen Fristen von 10 Jahren, 3 Jahren und 1 Jahr hat das französische Recht.

18) Ueber das französische Recht vor 1791 siehe Binding, Handbuch I S. 819 Anm. 11.

19) Eine ausdrückliche Vorschrift gegen die Verjährung rechtskräftig erkannter Strafen enthielt Preußen 1851 §. 49.

20) Im römischen Recht waren ausgenommen parricidium, suppositio partus und Apostasie; doch ist bestritten, ob nicht bloß eine längere, nämlich 40jährige Verjährungsfrist anzunehmen sei. Wächter, Vorlesungen S. 303.

21) Sachsen 1838, 1855, 1868; Braunschweig 1840, Baden 1845, Bayern 1861.

22) Baden 1845, 1861. (Letzteres nur im Falle schon rechtskräftig erkannter Strafe).

bundene Körperverletzung verjährt sein kann, während der Raub selbst noch als verfolgbar erscheint.

4) Was die Fristen der Verjährung betrifft, und zwar

a) die Dauer derselben (St.G.B. §§. 67, 70), so ist dieselbe mit Recht[23]) für beide Arten der Verjährung verschieden bestimmt, und zwar in der Art, daß für die Verjährung der Strafvollstreckung längere Fristen als für die Verjährung der Strafverfolgung gesetzt sind[24]). Dieselben steigen herab von 30, bzw. 20 Jahren bis zu 2 Jahren, bzw. 3 Monaten im Anschluß an die Eintheilung der Delicte in Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen, wobei aber (wohl unnöthiger Weise) noch weitere Abstufungen gemacht sind[25]). Dabei ist maßgebend diejenige Strafe, welche sich mit Berücksichtigung aller Strafänderungsgründe ergiebt, einschließlich des Rückfalls[26]), mit Ausnahme aber des jugendlichen Alters[27]) und der „mildernden Umstände[28])." Und auch Versuch und Beihülfe sind hier (anders oben Seite 43) nach den für sie festgesetzten Strafen zu beurtheilen. Eine besondere Bestimmung ist noch für die neben einer Freiheitsstrafe erkannte Geldstrafe getroffen (St.G.B. §. 71), nämlich dahin, daß dieselbe nicht früher[29]) verjähren soll als jene. Ist die erkannte Strafe theilweise vollstreckt, so hat auch für den Rest die ursprüngliche Verjährungsfrist zu gelten; ebenso wenn eine Herabsetzung der

23) Anderer Mg. Heinze, v. H. Handb. II S. 618. Hälschner I S. 696.

24) Das Umgekehrte befürwortetet Schütze, Gerichtss. 1883 S. 127.

25) Für die in §. 67 nicht erwähnte lebenslängliche Festungshaft hat die Frist von 15 Jahren zu gelten. Anderer Meinung Binding I S. 844, der nach Analogie der lebenslänglichen Zuchthausstrafe 20 Jahre annimmt. Für den in §. 70 nicht erwähnten Verweis hat die Frist von 2 Jahren zu gelten. Anderer Mg. Rubo, N. 2 zu §. 70, der Unverjährbarkeit des Verweises annimmt.

26) Anderer Mg. Hälschner I S, 697.

27) Anderer Meinung Binding I S. 846; richtig Reichsgericht I 22. November 1880.

28) Anderer Meinung v. Schwarze, N. 3 zu §. 67, Berner, Schütze.

29) Was nicht bedeutet, daß sie stets zu gleicher Zeit verjähren müßten. Anderer Mg. Binding S. 855.

Strafe im Wege der Gnade stattfand [30]. Besondere Fristen sind in den strafrechtlichen Nebengesetzen [31] bestimmt, wobei hinsichtlich der landesrechtlichen Nebengesetze das oben (S. 147 Anm. 9) Gesagte in Betracht kommt.

b) Die Fristen sind zu berechnen nach der Kalenderzeit, wie aus der analogen Vorschrift in §. 19 hervorgeht.

c) Ihr Beginn ist, was α) die Verjährung der Strafverfolgung betrifft, nach dem geltenden Recht (§. 67 Absatz 4) nicht an den Eintritt des Erfolges geknüpft; vielmehr soll die Frist mit dem Tage der begangenen Handlung beginnen. Viel angefeindet, ist dies dennoch als die grundsätzlich richtige Regelung zu erkennen [32], da es sich bei der Verjährung um die Verjährung der Verschuldung handelt, diese aber in der Handlung vorliegt [33]. Dabei ist als Handlung auch hier nur die Thätigkeit selbst anzusehen mit Ausschluß der sog. Zwischenwirkungen [34], sodaß eine Tödtung verjährt von der Zeit der tödtlichen Einwirkung, nicht von der Zeit der Verletzung. Ebenso sind nachfolgende Ereignisse, von denen nach dem Thatbestand des Delictes die Strafbarkeit abhängt [35], außer Ansatz zu

30) Anderer Mg. Binding I S. 856; Rubo, N. 7 zu §. 69, welcher Letztere sogar Unverjährbarkeit der im Gnadenwege herabgesetzten Strafe annimmt.

31) Vgl. die Zoll- und Steuergesetze, die Urhebergesetze, die Gewerbeordnung, das Postgesetz, das Preßgesetz u.s.w. Auch Einf.G. zum St.G.B. §. 7. Fehlerhaft ist, daß die Verjährung von Preßdelicten allgemein (auch für schwere Fälle, wie Aufforderung zum Hochverrath) auf 6 Monat gesetzt ist.

32) Anderer Meinung Berner, Heinze, Geyer, Binding und Andere. Richtig Wächter S. 308 mit Berufung auf Ulpian L. 15 §. 1 Dig. ad legem Aquiliam 9, 2. — Zuzugeben ist, daß danach das Delict schon vor dem Eintritt des Erfolges verjährt sein kann, und daß deßwegen das Gesetz aus Zweckmäßigkeitsgründen eine andere Bestimmung hätte treffen können. Umgekehrt hält die jetzige Vorschrift für ein Ergebniß von Zweckmäßigkeitsrücksichten Hälschner I S. 698.

33) Aehnlich die früheren Auflagen und Gerichtssaal 1881 S. 142, eine Begründung, die durch den Machtspruch Bindings S. 838 Anm. 18 nicht widerlegt wird.

34) Anderer Meinung Olshausen, N. 9. zu §. 67; Reichsgericht II 30. Dec. 1881 (Entscheidungen V S. 282). — Vgl. oben Seite 174.

35) So die Zahlungseinstellung bzw. Konkurseröffnung beim Ban-

lassen. Was aber die Thätigkeit selbst betrifft, so kommt nicht nur diejenige Thätigkeit in Betracht, welche dem einfachen Thatbestande des Delictes entspricht, sondern auch diejenige, welche einen erschwerenden Umstand begründet [36]). Stets aber ist es der letzte Moment der Thätigkeit (oder Unterlassung), der für die Verjährung des ganzen Delictes in Betracht kommt [37]). Und zwar hat dies auch für das fortdauernde und fortgesetzte und selbst für das sog. Kollectivdelict, nämlich für das gewohnheitsmäßige, geschäftsmäßige und gewerbsmäßige Delict zu gelten, welche sämmtlich auch zu diesem Zweck nicht in ihre Theile auseinandergelegt werden dürfen [38]). Die Verjährung eigentlicher Unterlassungsdelicte beginnt mit dem Augenblick, in welchem entweder die Unterlassung selbst oder die Pflicht und die Möglichkeit der betreffenden Thätigkeit aufhörte [39]). Auch in dieser Beziehung ist die Theilnahme als selbständig zu betrachten und ihre Verjährung also keineswegs erst von der Thäterschaft, bzw. von der letzten Thätigkeit eines Mitthäters zu rechnen [40]). Ausdrückliche Vorschriften über den Beginn der Strafverfolgungsverjährung sind bei einzelnen Delictarten getroffen [41]). —

kerott; der Eintritt des Todes oder einer schweren Körperverletzung beim Raufhandel. Anderer Mg. Olshausen N. 10 zu §. 67; Binding, Handbuch I S. 838; Reichsgericht II 15. Febr. 1881, II 17 Jan 1882. Richtig v. Schwarze, N. 5 zu §. 67; v. Liszt, Lehrbuch S. 285. — Eine Ausnahme ist für den Fall zu machen wenn die Zahlungseinstellung zur strafbaren Thätigkeit selbst gehört.

36) Reichsgericht I 11. Mai 1882.

37) Reichsgericht I 19 Juni 1882, III 21. Juni 1882, II 2. Nov. 1883.

38) Anderer Meinung Wächter, Goltd. Archiv 1860, Vorlesungen S. 309; Heinze, v H. Handbuch II S. 617; Binding, Handbuch I S. 837. — Richtig Goltdammer in s. Archiv 1860 S. 23 ff.; Hälschner, das. S. 441 ff., Strafrecht I S. 617 Anm. 13; Reichsgericht III 29. November 1883, III 23. April 1885, I 19 Juni 1882, (Entscheidungen VI S. 412), I 4. Juni 1883 (das. VIII S. 390).

39) Reichsgericht I 16. Sept. 1880. Ist eine Frist für die Thätigkeit gesetzt, so kommt es darauf an, welche Bedeutung dieser Frist beiwohnt. Binding, Handbuch I S. 840 f.

40) Anderer Mg. die Meisten, auch Reichsgericht II 30 Dec 1881; Richtig Hälschner I S. 700; Olshausen, v. Liszt (für Anstifter und Gehülfen); Wächter und Schwarze (für den Gehülfen).

41) Vgl. St G.B. §. 171 (Doppelehe); Mil.-St.G.B. §. 76 (Fahnen-

β) Die Vollstreckungsverjährung beginnt mit der Rechtskraft des Urtheils, bezw., wenn die Strafe theilweise verbüßt ist, mit dem Aufhören der Vollstreckung. — In beiden Fällen wird aber nicht a momento gerechnet; vielmehr soll die Frist schon mit dem Anbruch des betreffenden Tages beginnen [42].

c) Die Verjährungsfrist läuft ohne Rücksicht auf die thatsächliche oder rechtliche Möglichkeit der Verfolgung bzw. Vollstreckung [43]. Eine Ausnahme ist nur, und zwar für die Verjährung der Strafverfolgung, in dem Falle gemacht [44], wenn der Beginn oder die Fortsetzung des Strafverfahrens von einer Vorfrage abhängig sind, deren Entscheidung in einem anderen Verfahren zu erfolgen hat [45]. In diesem Falle soll die Verjährung ruhen, bis die Entscheidung, und zwar die rechtskräftige Entscheidung in diesem anderen Verfahren erfolgt ist. Keine derartige Bestimmung besteht für die Verjährung der Strafvollstreckung, auch nicht für den Fall, daß zwei Freiheitsstrafen nach einander zur Vollstreckung gelangen [46].

flucht); Urhebergesetz § 33; Wechselstempelgesetz §. 17; Seemans-Ordnung § 100 (wo der Beginn der Verjährung eines zur See begangenen Delictes der betreffenden Art von der Erreichung des ersten Seemannsamtes durch das Schiff abhängig gemacht ist.)

42) Dasselbe ist gemeint, wenn in einigen Nebengesetzen gesagt ist, daß die Frist „von" dem betreffenden Tage beginne, was nicht etwa den Ablauf dieses Tages bedeutet. Anderer Meinung Binding, Handbuch I S. 184; Geyer, Grundriß I S. 197; Oppenhoff N. 9, v. Schwarze N. 6 zu §. 67.

43) Noch weniger kommt es auf das Verhalten des Thäters an. Anders Bayern 1813 und 1861, Württemberg 1839, Baden 1845, welche voraussetzten, daß vom Thäter kein neues Delict verübt wurde. Ferner Preußen 1851 und Bayern 1861, welche die Verjährung ausschlossen, wenn der Thäter die Flucht ergriffen hatte.

44) Vgl. schon Lex 31 Dig. ad legem Juliam de adulteriis 48, 5.

45) Und zwar nach rechtlicher Vorschrift. Es gehört hierhin St.G.B. §§. 170, 172, wo der Beginn, §§. 164, 186, 187 (vgl. 191), 238, wo Beginn oder Fortsetzung des Verfahrens von einer anderweiten Entscheidung abhängig gemacht sind. Vgl. auch Einf.G. zum Gerichtsverf.G. §. 11 f.; Patentgesetz §. 10 (und dazu Reichsgericht II 24. Oct. 1882).

46) Anderer Mg. Binding, Handbuch I S. 855; Geyer, Grundriß I S. 201, nach welchen in diesem Fall die Verjährung der ersteren Strafe ruhen soll, was de lege ferenda allerdings das Richtigere wäre.

d) Die Verjährung ist vollendet mit dem Ablauf der Frist, d. h. mit dem Ablauf des letzten zu ihr gehörenden Tages oder, was dasselbe sagt, mit dem Anbruch des dem Beginn der Frist entsprechenden Kalendertages [47]). Hat also eine dreijährige Frist am 1. April 1883 begonnen, so ist sie mit dem Ablauf des 31. März oder dem Anbruch des 1. April 1886 vollendet.

5) Ebenso wie bei der civilrechtlichen, so ist aber auch bei der strafrechtlichen Verjährung eine Unterbrechung möglich, und zwar durch eine auf die Strafverfolgung, bzw. auf die Strafvollstreckung gerichtete Handlung. Doch muß diese Handlung, was

a) die Verjährung der Strafverfolgung betrifft, eine Handlung des Richters sein, wogegen dem Einschreiten des Staatsanwalts nach dem geltenden Recht diese Wirkung versagt ist [48]). Mit Unrecht, da die Thätigkeit des Staatsanwalts nach den Grundsätzen des Anklageprocesses als eine wesentliche Proceßthätigkeit erscheint [49]). Keine Unterbrechung bewirkt die Stellung des Antrags (bei den Antragsdelicten) oder die Erhebung der Privatklage und ebenso wenig die Thätigkeit der Polizei- und Verwaltungsbehörden, mit Ausnahme der ihnen zustehenden vorläufigen Straffestsetzungen [50]), da diesen die Bedeutung sogar einer bedingten Verurtheilung zukommt. Nur Handlungen ferner des inländischen und Handlungen des sach-

Gut nur, daß die Verjährung der Strafvollstreckung durchschnittlich längere Fristen aufweist.

47) Anderer Mg. Heinze, v. H. Handbuch II S. 619 Anm. 18; Schütze, Lehrbuch S. 210, 212: mit dem Anfang des letzten zu der Frist gehörenden Tages.

48) Die Beschränkung beruht auf einem Beschluß des Reichstags, und vergebens wurde ihre Beseitigung durch den Entwurf der Novelle von 1876 erstrebt.

49) Nur der Erhebung der öffentlichen Klage durch den Staatsanwalt gesteht unterbrechende Wirkung zu Binding, Handb. I S. 848.

50) Früher bestritten, ist dies durch die St.P.O. (§§. 453. 459) ausdrücklich bestimmt worden. Zu weit gehend aber Cless, württemb. Gerichtsblatt 1880 S. 357 ff., welcher schon dem Einschreiten der Verwaltungsbehörden in diesen Fällen unterbrechende Wirkung beilegt, was de lege ferenda allerdings das Richtige wäre.

lich zuständigen [51]) Richters unterbrechen, wogegen derselbe nicht auch der örtlich zuständige Richter zu sein braucht [52]). Nicht richtig ist, daß Handlungen des ersuchten oder beauftragten Richters oder gar Handlungen irgend eines als Organ des Richters handelnden Beamten genügen [53]), vielmehr kann nur das Ersuchen, bzw. der Auftrag selbst als maßgebend erscheinen. Immer aber muß es nach dem geltenden Recht [54]) eine Handlung sein, die eine Richtung gegen den Schuldigen hat, was freilich nicht auf Ladungen und Verhaftungen beschränkt ist, immerhin aber Feststellungen des objectiven Thatbestandes und allgemeine Nachforschungen ausschließt [55]), es sei denn daß schon das förmliche Verfahren gegen eine bestimmte Person eingeleitet ist, in welchem Falle auch solche Maßregeln als hinreichend erscheinen [56]). Auch Maßregeln, welche den inneren Geschäftsbetrieb des Gerichtes betreffen, können genügen [57]). Immer bezieht sich die Unterbrechung nur auf dasjenige Delict und auf diejenige Person [58]), auf deren Verfolgung die betreffende Handlung gerichtet ist, was aber nicht ausschließt, daß dies mehrere ideal oder auch real concurrirende Delicte sein können. — Besondere Vorschriften

51) Anderer Mg. Olshausen N. 17 zu §. 68 (mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes).

52) Vgl. St.P.O. §. 20. Anderer Mg. Heinze, v. H. Handbuch II S. 623, der auch örtliche Zuständigkeit erfordert. Ebenso Württemberg 1839, Sachsen 1855, 1868.

53) Anderer Meinung Wächter, Vorlesungen S. 310; Olshausen, N. 6 zu §. 68. — Auch die Fortdauer der Untersuchungshaft braucht nicht in allen Fällen als richterliche Handlung zu erscheinen. Anderer Mg. Olshausen N. 14 zu §. 68.

54) Abweichend vom französischen Recht, nach welchem jeder „acte d' instruction ou de poursuite" genügt.

55) Auch die Ladung des Beschuldigten selbst als Zeuge genügt nicht; Reichsgericht I 24. November 1879.

56) Wächter, Vorlesungen S. 310; Reichsgericht II 25. Mai 1883. III 12. Januar 1885.

57) Olshausen N. 15. zu §. 68; Reichsgericht II 16. Dec. 1879.

58) Letzteres im Gesetze selbst ausdrücklich gesagt; St.G.B. §. 68 Absatz 2.

sind auch in dieser Beziehung in einzelnen Nebengesetzen [59]) enthalten.

b) Die Verjährung der Strafvollstreckung wird unterbrochen (St.G.B. §. 72) durch eine jede auf Vollstreckung gerichtete Handlung, was aber auf Handlungen der Vollstreckungsbehörde [60]) und auf die zum Zwecke der Vollstreckung erfolgende Festnahme [61]) beschränkt ist.

6) Die Wirkung der Unterbrechung, im früheren Recht bestritten, ist nach den neueren Gesetzen wie nach dem geltenden Recht die, daß nach dem Wegfall der Unterbrechung eine neue Verjährung beginnt [62]), und zwar ohne daß im geltenden Recht hiefür irgend eine Grenze festgesetzt wäre [63]), was augenscheinlich dem Grundgedanken der Verjährung widerstreitet. Das Richtige wäre eine abgestufte Verringerung der Frist nach jedesmaliger Unterbrechung; doch ist begreiflich, daß das positive Recht auch hier eine allzu subtile Regelung meidet [64]).

7) Die Wirkung der Verjährung selbst ist die, daß

59) Vgl. das Wechselstempelgesetz §. 17, in welchem jede auf die Ermittelung gerichtete „amtliche Handlung" als unterbrechend genannt ist.

60) Regelmäßiger Weise ist dies die Staatsanwaltschaft oder der Amtsrichter; St.P.O. §. 483. Nicht hierhin gehört eine Entscheidung des Gerichtes nach St.P.O. §. 494. Und zwar ist hier Zuständigkeit in sachlicher und örtlicher Beziehung zu verlangen. Auch hier ist nicht richtig, daß die Handlung einer anderen Behörde als die der Vollstreckungsbehörde selbst gelten könne. Anderer Mg. Olshausen N. 3 zu §. 72; Binding I S. 850.

61) Auch sie muß von Seiten eines Beamten, aber irgend eines Beamten erfolgt sein. Nicht genügt die Festnahme Seitens eines Privaten, da die Analogie des §. 127 der St.P.O. nicht zutrifft.

62) De lege ferenda für bloßes Ruhen der Verjährung während der Unterbrechung Heinze, v. H. Handb. II S. 620; Geyer, Zeitschr. von Grünhut 1875 S. 374 f; Hälschner I S. 700; Binding I S. 848 Anm. 1 (für Ruhen während des ganzen Processes).

63) Mit Unrecht nimmt Berner S. 304 an, daß durch Unterbrechung der Verjährungsfrist dieselbe höchstens verdoppelt werden könne; ebenso Rubo, N. 9 zu §. 68, daß die neue Verjährung keiner neuen Unterbrechung unterliege.

64) Gerichtssaal 1881 S. 104, 142.

die rechtliche Möglichkeit der Strafverfolgung, bzw. Strafvollstreckung [65]) hinwegfällt. Doch kann auch das verjährte Delict noch rechtlichen Einfluß üben, so indem es zum Beweise der Eigenschaft eines späteren Delictes als Kollectivdelict (gewohnheitsmäßiges u.s.w. Delict) benutzt wird, oder indem es bei der Strafzumessung hinsichtlich eines anderen Delictes in Betracht gezogen wird [66]), oder endlich indem es im Verleumdungsproceß, bzw. im Proceß wegen falscher Anschuldigung (St.G.B. §§. 186 ff., 164) zum Gegenstand des Wahrheitsbeweises gemacht wird [67]). Rückfallbegründend kann nach dem geltenden Recht das verjährte Delict nur dann sein, wenn die erkannte Strafe theilweise verbüßt ist [68]). — Auch ist, was die Verjährung der Strafvollstreckung betrifft, mit der Verjährung der Hauptstrafen keineswegs die Verjährung aller Nebenstrafen verbunden, nämlich derjenigen nicht, die keiner Vollstreckung bedürfen. Es gehört hierhin der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte (St.G.B. §. 36) und die Zulässigkeit von Polizeiaufsicht (§. 38), deren Dauer vielmehr u. A. erst von der Verjährung der Hauptstrafe anhebt [69]). Anders die Ueberweisung an die Landespolizeibehörde nach §. 362 Absatz 2 sowie die Einziehung und Unbrauchbarmachung von Gegenständen (§§ 40, 41), deren Vollstreckung mit der Vollstreckung der Hauptstrafe hinwegfällt. — Unberührt von der strafrechtlichen Verjährung bleibt der Civilanspruch des Verletzten [70]), einschließlich der Buße, sofern auf dieselbe rechtskräftig erkannt ist.

65) In subjectiver Wendung: Tilgung des Strafanspruches. So v. Liszt, Lehrb. S. 283; v. Risch, Gerichtssaal 1884 S. 272; Binding, Handb. I S. 833 ff.; Olshausen N. 4 zu §. 66. — Nicht genau ist, daß das Delict selber getilgt werde, ein Ausdruck, der aber auch in Gesetzen selber gebraucht wird. Einf.G. zum St.GB. §. 7; Wechselstempelgesetz §. 17.

66) Anderer Mg. Wächter, Vorlesungen S. 309; Binding, Handbuch I S. 826.

67) Für unzulässig erklärt dies Binding, Handbuch I S. 826.

68) Vgl. St.G.B. §§. 244, 245, wo zum Rückfall verlangt wird, daß die früher erkannte Strafe wenigstens theilweise verbüßt war.

69) Vgl. auch die im Nahrungsmittelgesetz §. 3 enthaltene Beschränkung des Hausrechts.

70) Anders das französische Recht, welches die action civile von der action publique abhängig macht.

8) Ueber den theilweisen Ablauf der Verjährungsfrist als Milderungsgrund — anerkannt in einigen der früheren Gesetze, nicht im geltenden Recht — siehe unten bei der Strafänderung.

§ 46 (71).

Die Begnadigung[1]).

1) Zur Ergänzung des Strafrechts, und zwar nach der Seite der Milde, dient die Ertheilung der Gnade oder die sog. Begnadigung, d. h. die Ausschließung der Strafe durch eine in Beziehung auf den einzelnen Fall erlassene Vorschrift[2]). Eine Ergänzung desselben nach der Seite der Schärfe ist ausgeschlossen, gemäß dem Grundsatz des neueren Strafrechts, daß eine Strafe nur auf Grund des Gesetzes verhängt werden dürfe. Der Grund des Begnadigungsrechts liegt theils in der Möglichkeit einer unrichtigen Entscheidung des einzelnen Falls auf Grund des vorhandenen Rechtes, theils in der Unvollkommenheit dieses Rechtes (Strafrecht und Strafprozeß), theils endlich darin, daß unter Umständen auch für den Staat das rechtliche Interesse zurücktritt[3]). Jedenfalls müsste der Mangel des

1) Plochmann, Begnadigungsrecht Erlangen 1844; Kirsten, Abhandlungen Leipzig 1846 S. 67 ff.; v. Mohl, Staatsrecht u.s.w. II S. 634 ff.; Lueder, das Souveränitätsrecht der Begnadigung Leipzig 1860; v. Arnold, Umfang und Anwendung des Begnadigungsrechts Erlangen 1860; Abegg, kritische Viertelj.schr. 1861, 1862; Heinze, staatsrechtliche Erörterungen S. 70; v. H. Handb. II S. 629 ff., strafprocessuale Erörterungen S. 121 ff.; Wahlberg, Schriften I S. 177 ff. II S. 122 ff.; Loeb, Begnadigungsrecht Worms 1881; Gysin, das Begnadigungswesen in der Schweiz Liesthal 1881; Jastrow, Gerichtssaal 1882 S. 532 ff.; Geyer, Rechtslexikon (Begnadigung).

2) Sujectiv gewendet: durch den Verzicht auf den Strafanspruch. So v. Liszt, Lehrbuch S. 279; Binding, Handbuch I S. 863. Zu beachten ist aber, daß der Strafanspruch dem Staate zusteht, Subject des Begnadigungsrechts aber ein vom Staate verschiedenes Organ des Staates ist. Darin liegt auch, daß die Begnadigung nicht ein Specialgesetz ist, sondern ein Rechtsact auf Grund des Gesetzes. Anderer Mg. Heinze, v. H. Handb. II S. 633; Hälscher I S. 730. Nur ist es nicht nöthig, (mit Binding, Handbuch I S. 863) die Begnadigung ein „publicistisches Rechtsgeschäft“ zu nennen.

3) Das Begnadigungsrecht hat also nicht nur der Gerechtigkeit, sondern auch anderen Staatszwecken zu dienen. Anders Feuerbach

Begnadigungsrechts [4]) bedenklicher als die Möglichkeit eines Mißbrauchs desselben erscheinen. Niemals aber darf die Begnadigung zur Regel werden, da sich sonst die Begnadigung als Recht, die Nichtbegnadigung als Eingriff in den Gang der Rechtspflege darstellt. [5])

2) Im römischen Recht [6]) lange Zeit Sache der Volksversammlung, wurde in der Kaiserzeit die Begnadigung von den Kaisern geübt, denen in dieser Beziehung eine unbeschränkte Befugniß beigelegt wurde. Im älteren deutschen Recht als Befugniß des Gerichtes betrachtet, dem neben dem Richten nach Recht ein „Richten nach Gnade" zustand, ist das Begnadigungsrecht allmählich Sache des Kaisers und der Landesherrn geworden, die in der Ausübung desselben längere Zeit noch durch den Willen des Verletzten beschränkt waren, denen aber bald die unbeschränkte Begnadigungsbefugniß beigelegt wurde, bis erst durch die neuere Rechtsentwicklung andere Beschränkungen eingeführt wurden.

3) Subject des Begnadigungsrechts sind nach dem geltenden deutschen Recht

a) der Kaiser, dieser aber, abgesehen von Elsass-Lothringen [7]), bis jetzt nur für wenige Strafsachen, nämlich für die-

und andere ältere Juristen, welche dasselbe nur zur Korrectur fehlerhafter Gesetze zulassen wollten; auch Hälschner I S. 724; Geyer, v. H. Encycl. S. 921, von denen der Zweck der Begnadigung auf die Gerechtigkeit beschränkt, diese aber in weiterem Sinn gefaßt wird. Unrichtig Binding S. 864, der die Prüfung des Schuldbeweises aus den Anlässen der Begnadigung ausschließt.

4) Gegen das Begnadigungsrecht Beccaria und Kant, wie dasselbe in Frankreich in der That eine Zeitlang aufgehoben war.

5) Uebrigens hat das Begnadigungsrecht eine über das Criminalrecht hinausgehende Bedeutung, da auch Ordnungsstrafen u.s.w. im Wege der Gnade erlassen werden können.

6) J. Merkel, die Begnadigungscompetenz im römischen Strafproceß (Abhandlungen I Halle 1881). Ueber die römische Abolition siehe unten Anm. 11.

7) Reichsgesetz v. 9. Juni 1871 sowie Reichsgesetz vom 4. Juli 1879, auf Grund dessen dem Statthalter ein Theil des Begnadigungsrechts übertragen wurde, wodurch aber das Begnadigungsrecht des Kaisers selbst nicht beschränkt ist.

jenigen, welche in erster Instanz vor das Reichsgericht[8]) gehören (Gerichtsverf.-G. § 136), sowie für diejenigen Strafsachen, für welche in erster Instanz die deutschen Konsulargerichte im Auslande für zuständig erklärt sind (Konsulargesetz § 72);

b) die Landesherrn an der Spitze der deutschen monarchischen Staaten sowie die Senate der sogen. freien Städte (Hamburg, Bremen und Lübeck), und zwar für diejenigen Strafsachen, die nach den Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes zur Zuständigkeit der betreffenden Landesgerichte gehören[9]). Ist auf eine Gesammtstrafe erkannt, die aus mehreren, in verschiedenen deutschen Staaten erkannten Strafen gebildet wurde, so steht das Begnadigungsrecht demjenigen Staate zu, von welchem die Gesammtstrafe erkannt wurde[10]).

4) Als Arten des Begnadigungsrechtes erscheinen

a) nach dem Zeitpunkt, in welchem die Gnade ertheilt wird, α) die Niederschlagung des Verfahrens oder sogen. Abolition[11]), welche wiederum eine Niederschlagung vor oder

8) Hochverrath und Landesverrath gegen das Reich, sammt denjenigen Straffällen, die in Folge Zusammenhanges vor das Reichsgericht gezogen werden. Außerdem auch die Theilnahme an diesen Delicten, nicht aber Begünstigung und unterlassene Anzeige. Anderer Meinung in letzterer Beziehung Loeb S. 25 ff.

9) Anderer Mg. Heinze strafprocessuale Erörterungen S. 122, nach welchem jedem deutschen Staate mit Beziehung auf jede zur Zuständigkeit eines deutschen Gerichtes gehörende Strafsache ein Begnadigungsrecht zusteht. Nicht ist das Begnadigungsrecht des Landesherrn ein vom Reiche delegirtes. Wohl aber steht jedem Inhaber des Begnadigungsrechts die Befugniß zu, dasselbe auf Andere zu übertragen. Vgl. oben Anm. 8 und die preußischen Vorschriften, welche dem Leiter des Postwesens ein beschränktes Begnadigungsrecht übertragen. Ob diese Vorschriften weiter gelten, ist Sache des Kaisers. A. Mg. Binding I S. 867, der sie als ungültig ansieht.

10) Anderer Mg. Binding, Handbuch I S. 876, nach welchem das Begnadigungsrecht denjenigen Staaten verbleibt, in welchen auf die einzelnen Strafen erkannt wurde. Vgl. allerdings den Bundesrathsbeschluß vom 11. Juni 1885 über die Vollstreckung derartiger Gesammtstrafen, worüber unten bei der Bestrafung zusammentreffender Delicte.

11) Abolition im modernen Sinn, wogegen die abolitio der Römer in einer theils dem Ankläger, theils dem Angeklagten ertheilten Erlaubniß vom Processe zurückzutreten bestand. Vgl. E. Herrmann, de abo-

eine Niederschlagung nach eingeleitetem Verfahren sein kann. Dabei ist von einer reichsrechtlichen Ungültigkeit dieser Einrichtung (gegenüber der Strafproceßordnung) nicht die Rede, da das Reichsrecht in keiner Weise in das Begnadigungsrecht der Einzelstaaten eingreifen wollte [12]). Wohl aber ist die Niederschlagung des schon eingeleiteten Verfahrens landesgesetzlich in der Art beschränkt, daß dieselbe an die Zustimmung der Landesvertretung geknüpft ist [13]), und hinsichtlich des Begnadigungsrechtes des Kaisers ist nur von dem Erlass rechtskräftig erkannter Strafen, nicht von der Niederschlagung eines schon eingeleiteten Verfahrens [14]) die Rede. Ausgeschlossen ist eine landesrechtliche Niederschlagung in solchen Sachen, die zur Zuständigkeit des Reichsgerichtes gehören [15]) oder auf Grund des Zusammenhanges vor dasselbe gezogen wurden; — β) der Erlaß der rechtskräftig erkannten Strafe oder die Begnadigung im engeren Sinne; — γ) die Wiederertheilung der zur Strafe entzogenen Güter oder die sogen. Restitution [16]), wohin aber nur die Wiederverleihung der entzogenen Aemter und Vermögensstücke gehört, da die Wiederertheilung der zur

litionibus criminum Leipzig 1834; Lueder, de abolitione paschali Leipzig 1861.

12) Anderer Mg. Jastrow, Gerichtssaal 1883 S. 532 ff.; John, St.P.O. I S. 108 ff.; v. Kries, Z. für Strafr.wiss. 1885 S. 12; Binding, Grundriß S. 190, richtig Handbuch I S. 871 f. Die reichsrechtliche Zulässigkeit einer Niederschlagung vor dem Verfahren folgt schon daraus, daß die Staatsanwaltschaft verpflichtet ist den Weisungen ihrer Vorgesetzten zu folgen (Gerichtverf.-Gesetz §. 147 Absatz 1).

13) So in Preußen (Verf.-Urkunde Art. 49), in Bayern (Verf. Urkunde Tit. 8 §. 4), in Baden (Verf.-Urk. §. 15) wogegen u. A. die Braunschweigische Landschaftsordnung §. 208 nur die Zustimmung des obersten Landesgerichts und die Württembergische Verf.-Urkunde (§. 97) nur die Zustimmung des Justizministeriums erfordert.

14) Ueber die Niederschlagung vor dem Verfahren siehe oben Anm. 12 am Schluß.

15) Anderer Mg. v. Schwarze, Kommentar zur Straf.-P.-O. §. 484. Nicht aber auch in denjenigen Sachen, die nur auf Grund des Zusammenhanges vor das Reichsgericht gezogen werden könnten.

16) Ein Ausdruck, der auch für die sogen. Wiederaufnahme des Strafprozesses (St.-P.-O. § 399 ff.) gebraucht wird, wonach man eine restitutio ex capite justitiae und eine restitutio ex capite gratiae unterscheidet.

Strafe entzogenen rechtlichen Befugnisse als Straferlaß, also als Begnadigung im engeren Sinn erscheint [17]);

b) volle Begnadigung und Theilbegnadigung, wobei die Theilbegnadigung u. A. auch in der Verwandlung einer schwereren in eine leichtere Strafart bestehen kann, in jedem Falle aber an die gesetzlichen Vorschriften über die betreffende Strafart geknüpft ist [18]);

c) Einzelbegnadigung und Begnadigung einer Klasse von Personen oder sog. Amnestie, welche letztere ebenfalls theils in dem Erlass schon erkannter Strafen, theils in der Niederschlagung des Verfahrens bestehen kann und im letzteren Falle ebenfalls an jene landesrechtlichen Beschränkungen geknüpft ist[19]).

5) Sonstige Beschränkungen des Begnadigungsrechts bestehen darin, daß a) die Wiederanstellung wegen Verfassungsverletzung verurtheilter Minister, bezw. Staatsbeamten [20]) landesgesetzlich ausgeschlossen oder an die Zustimmung der Landesvertretung geknüpft ist; — b) daß die Begnadigung landesgesetzlich [21]) einen vorangegangenen Bericht oder das Gutachten des Gerichtes oder des Justizministeriums voraussetzt; — c) daß dem Inhaber des Begnadigungsrechts eine Hinweisung auf die Art und Weise der Ausübung desselben ertheilt ist [22]).

6) Die Wirkung des Begnadigungsrechts ist bei der Nie-

17) Dennoch wird gerade die Wiederertheilung der bürgerlichen Ehrenrechte Restitution oder Rehabilitation genannt. Unrichtig ist, daß der Straferlaß jedesmal auch die Wiederverleihung des entzogenen Amtes zur Folge haben müßte.

18) Als unzulässig würde also die Begnadigung eines zum Tode Verurtheilten zu zwanzigjährigem Zuchthaus erscheinen; ebenso die Wiederverleihung des Wahlrechts für die Zeit, während welcher die Zuchthausstrafe verbüßt wird.

19) Anderer Mg. Berner, Lehrbuch S. 318; Geyer, v. H. Rechtslexikon (Begnadigung.)

20) Bezieht sich jedoch nur insofern auf das Strafrecht, als wegen eines Delictes auf Strafe erkannt ist, nicht also soweit nur die sogen. Ministerverantwortlichkeit in Betracht kommt.

21) Vgl. Württemb. Verf.-Urkunde § 97 (Bericht des erkennenden Gerichtes.)

22) Württemb. Verf-Urkunde §. 97: „Der König wird darauf Rücksicht nehmen, daß dem Ansuchen und der Wirksamkeit der Strafgesetze dadurch nicht zu nahe getreten werde.“

derschlagung die, daß wegen des betreffenden Delictes kein Strafverfahren einzuleiten ist, bezw. das eingeleitete Strafverfahren aufhört; bei der Begnadigung im engeren Sinne aber, daß nicht nur die erkannte Hauptstrafe hinwegfällt, sondern auch die Nebenstrafen, soweit sie im Gnadenerlasse gemeint sind [23]). Dies immer nur mit Beziehung auf die bestimmte Person; unrichtig ist, daß die Gnade sich von selbst auf alle Theilnehmer des Delictes erstreckt [24]). Keineswegs aber werden durch die Begnadigung auch die mittelbaren strafrechtlichen Folgen des Delictes beseitigt [25]). Es kann also das bezügliche Delict bei der Aburtheilung eines anderen Delictes als Strafzumessungsgrund in Betracht gezogen werden, und ebenso ist dasselbe für die Eigenschaft eines späteren Delictes als Kollectiv- oder Gesammtdelict von Bedeutung. Ja, es ist dasselbe mit Recht auch als rückfallbegründend anerkannt worden [26]), eine Rechtsfolge, welche nach dem geltenden Recht auch nicht im Wege der Gnade beseitigt werden könnte. Unberührt durch die Gnade bleiben die privatrechtlichen Folgen des Delictes, was nicht nur auf Herausgabe, Schadensersatz und Privatgenugthuung [27]), sondern auch auf die unechten und selbst auf die echten Privatstrafen zu beziehen ist [28]). — Stets erstreckt sich die Wirkung der Gnade über den einzelnen deutschen Staat hinaus auf alle deutschen Gerichte, und zwar in der Art, daß auch die in dem einen deutschen Staate erfolgte Niederschlagung, vor oder nach Einleitung des Verfahrens [29]), das Verfahren in einem jeden

23) Nur die Zulässigkeit der Polizeiaufsicht fällt bei völligem Straferlaß stets hinweg, da nach §. 38 des St.-G.-B. die Stellung unter Polizeiaufsicht ein Gutachten der Gefängnisverwaltung voraussetzt. — Erst nach 5 Jahren ist die Wiederverleihung der Ehrenrechte zulässig in Norwegen (Z. für Strafr.wiss. 1884 S. 292 f.)

24) So Loeb, Begnadigung, S. 65. Wohl aber fällt die Haftung Dritter hinweg (vgl. oben Seite 7).

25) Auch die Begnadigung hebt also nicht das Delict selbst auf. Anderer Mg. Lueder S. 9, 185, 188; Loeb S. 58 ff.

26) Vgl. St.-G.-B. §§ 245, 250, 261, 264.

27) U. A. auch auf die öffentliche Bekanntmachung des Urtheils nach §§. 165 und 200 des St.-G.-B. Vgl. oben Seite 5.

28) Wächter, Vorlesungen S. 302, Heinze, v. H., Handbuch II S. 636. Siehe jedoch oben Seite 13.

29) Vgl. aber oben unter Nr. 3b.

andern deutschen Staat ausschliesst[30]). Festzuhalten ist nämlich, daß die Begnadigung in allen ihren Formen der Aburtheilung gleichsteht, weßhalb nicht davon die Rede sein kann, daß durch Niederschlagung des Verfahrens der Staat nur auf die Geltendmachung seines „Strafanspruches" verzichtet.

7) Da die Begnadigung im öffentlichen Interesse zu handhaben ist, so sind weder der Beschuldigte[31]) noch (bei den Delicten gegen persönliche Rechtsgüter) der Verletzte befugt, der Begnadigung zu widersprechen, wovon, was den Verletzten betrifft, auch bei den Antragsdelicten und selbst im Falle der Privatklage keine Ausnahme gemacht ist[32]).

8) Die ertheilte Gnade ist, auch wenn sie erschlichen sein sollte, unwiderruflich[33]).

30) Anderer Mg. Loewe, St.-P.-O. 4. Aufl. S. 24; Binding, Grundriß S. 170, Handbuch I S. 869. Richtig Heinze, strafproc. Erörterungen S. 122; Loeb, Begnadigung S. 45.

31) Anders die Norwegische Verfassung von 1814 Art. 20: „der Verbrecher hat die Wahl, ob er die Gnade des Königs annehmen oder sich der ihm zuerkannten Strafe unterwerfen will" (Schubert, Verfassungsurkunden und Grundgesetze II S. 407). Auch Geyer, Rechtslexikon (Begnadigung), in Beziehung auf die Umwandlung der erkannten Strafe in eine andere.

32) Für eine solche (de lege ferenda) Heinze, strafproc. Erörterungen S. 123; Geyer, v. H. Rechtslexikon (Begnadigung), v. H. Encyclopädie S. 923. In Beziehung auf die Privatklage selbst de lege lata Binding, Handbuch I S. 863, 870.

33) Selbst von einer „Wiederbelebung des untergegangenen Strafrechts durch Gesetzgebungsakt" ist nicht die Rede (a. Mg. Binding S. 879), sondern nur von einer Befugniß der Gesetzgebung denselben Nachtheil zu verhängen.

Zweite Abtheilung.

Die Art der Bestrafung.

Erster Abschnitt.

Die Strafarten

§. 47 (60).

Im Allgemeinen.[1])

1) Ueber Begriff und Arten der Strafe im Allgemeinen, insbesondere auch der Criminalstrafe ist schon in der Einleitung (§§ 2 u. 5) gehandelt worden.

3) Was aber die Strafmittel oder Strafarten (in diesem Sinne) betrifft, so finden sich im heutigen Recht nicht mehr

a) verstümmelnde und entstellende Strafen, einschließlich der Brandmarkung, die in diesem Jahrhundert in keiner der deutschen Gesetzgebungen mehr vorkommen;[2])

b) peinigende Strafen, insbesondere die körperliche Züchtigung oder Prügelstrafe, die in den meisten deutschen Gesetzgebungen bis zum Jahre 1848 bestand, damals durch die sog. deutschen Grundrechte beseitigt, in einzelnen Staaten

1) S. in v. Holtzendorff's Strafrechtszeitung 1869 S. 650 ff.; v. Buri, Gerichtssaal 1871 S. 93 ff.; Wahlberg, criminalrechtliche und nationalöconomische Gesichtspunkte S. 102 ff,; v. H. Handbuch II S. 424 ff. IV S. 689 ff.; Binding, Zeitschr. von Grünhut 1875 S. 689 ff.; Sontag, Zeitschr. für Strafrechtswiss. 1881 S. 480 ff.; Lucas, Goltd. Archiv 1884 S. 136 ff.; Schmölder, die Strafen des deutschen St.G.B. Berlin 1886.

2) Vgl. aber den Code pénal, der noch Abhauen der Hand (als Verschärfung der Todesstrafe) und Brandmarkung verwendet.

aber wieder eingeführt wurde[3]), bis sie allgemein durch das Reichs-St.-G.-B. aufgehoben wurde. Neuerdings ist mehrfach die Frage ihrer Wiedereinführung angeregt worden, sei es daß man sie für jugendliche Personen, oder für mehrfach Rückfällige oder als Nebenstrafe für schwere Delicte befürwortet[4]);

c) beschimpfende Strafen, von denen der Pranger oder das Halseisen nach manchen Gesetzen bis zum Jahre 1848 Bestand hatte, seitdem aber in Deutschland nicht mehr vorkommt;

d) der sog. bürgerliche Tod oder die völlige Rechtsunfähigkeit[5]), die nach dem Vorbilde des Code pénal in einzelnen neueren Gesetzgebungen (so Bayern 1813) aufgenommen war, auch hier aber im Jahre 1848 beseitigt wurde.[6])

3) Als Strafen des geltenden Rechts erscheinen vielmehr nur a) die Todesstrafe, b) verschiedene Arten der Freiheitsstrafe, c) Strafen am Vermögen, d) der Verweis, e) Rechtsminderungen verschiedener Art, f) die öffentliche Bekanntmachung des Urtheils, — ein Strafensystem, welches abgesehen von Einzelheiten (siehe unten) denjenigen Anforderungen entspricht, welche vom heutigen Standpunkt (vgl. oben §. 5) an ein Strafensystem gestellt werden müssen.

3) So in Württemberg 1853, wo sie bis 1868 bestand; 1871 bestand sie noch in den beiden Mecklenburg und in Sachsen-Altenburg. In Oesterreich ist sie 1867 aufgehoben worden.

4) Vgl. in erster Beziehung Mittelstaedt, gegen die Freiheitsstrafe S. 82, v. Schwarze, für die Freiheitsstrafe S. 42; in zweiter v. Liszt, Lehrbuch S. 237; in dritter Schmölder, die Strafen des R.St.G.B. S. 49. Manche haben sich sogar mit der Erfindung von Prügelmaschinen beschäftigt. — Gegen die körperliche Züchtigung Sontag, Zeitschr. für Strafr.wiss. 1881 S. 501; Lucas, Goltd. Archiv 1884 S. 143 ff.

5) Uebrigens nicht im Sinne völliger Schutzlosigkeit, sondern im Sinne der Unfähigkeit Subject von öffentlichen und privaten Berechtigungen zu sein (vgl. oben Seite 313).

6) Auch von ihrer Wiederherstellung (als Folge der Verurtheilung zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe) ist neuerdings geredet. Vgl. Schmölder S. 55.

4) Nicht aber ist gesagt, daß immer nur eine Strafart zur Anwendung gebracht werden müßte; vielmehr kann eine Verbindung mehrerer Strafarten als zweckmäßig erscheinen, wovon auch das geltende Recht mehrfach Gebrauch macht. Ja, es giebt Strafarten, welche niemals allein, sondern nur in Verbindung mit anderen Strafen zur Anwendung gebracht werden dürfen, wonach man Hauptstrafen[7]) und Nebenstrafen[8]) (oder accessorische Strafen) unterscheidet, ein Unterschied, welcher am Besten auch der Darstellung der heutigen Strafarten zu Grunde gelegt wird.[9]) Dabei sind diese Nebenstrafen deswegen nicht weniger Strafen, weil sich bei ihnen mit dem Gesichtspunkt der Strafe anderweite rechtliche, bezw. polizeiliche Gesichtspunkte verbinden[10]). Wohl aber hören dieselben auf Strafe zu sein, wenn sie nicht gegen eine bestimmte Person verhängt werden, sei es, daß der Schuldige nicht erreicht werden kann, oder die Maßregel unabhängig von einem dem Schuldigen zuzufügenden Nachtheil verhängt wird.

5) Dabei sind die im Reichs-St.G.B. verwendeten Strafarten in dem Sinne ausschließlich, daß auch die Landesgesetzgebung innerhalb ihres Gebietes nur zur Verwendung jener reichsgesetzlichen Strafarten befugt ist (Einf.-G. §. 6 Absatz 1), wovon eine Ausnahme nur zu Gunsten der an Stelle von Gefängniß- oder Geldstrafe zu erkennenden Forst- oder Gemeindearbeit gemacht ist (Einf.-G. §. 6 Absatz 2).

7) Hauptstrafen des heutigen Rechts sind a) die Todesstrafe, b) die Freiheitsstrafe, b) die Geldstrafe, c) der Verweis.

8) Nebenstrafen des heutigen Rechts sind a) solche an der Freiheit, b) solche an der Rechtsfähigkeit, c) solche am Vermögen, d) die öffentliche Bekanntmachung des Urtheils.

9) Vgl. die älteren Eintheilungen der Strafen in poenae capitales und non capitales, in peinliche und nichtpeinliche Strafen.

10) Nur hat v. Liszt S. 252 Unrecht, wenn er gerade in den Nebenstrafen den Character der Strafe besonders rein ausgeprägt findet, was mit seiner (relativen) Strafrechtstheorie zusammenhängt.

Erstes Kapitel.

Die Hauptstrafen.

§. 48 (51).

Die Todesstrafe.[1])

1) An der Spitze auch des heutigen Strafensystems steht die Todesstrafe, die im geltenden Recht noch in drei Fällen

1) Aus der übergroßen Litteratur seien hervorgehoben Hepp, die Zulässigkeit der Todesstrafe Tübingen 1835 (für); Mittermaier, die Todesstrafe Heidelberg 1862 (gegen); Seeger, Abhandlungen I. S. 1 ff. (gegen); Berner, Abschaffung der Todesstrafe Dresden 1863 (gegen); Glaser, Schriften I S. 153 ff, 177 ff.; Pfotenhauer, die Todesstrafe Bern 1863, Aphorismen Bern 1869, eine Rede u.s.w. Bern 1882 (für); Christiansen, Qualität und Quantität der Strafe Kiel 1865, die Absurdität der Todesstrafe Kiel 1867, die rechtliche Unmöglichkeit der Todesstrafe Kiel 1868 (gegen); Hofacker, die Aufhebung der Todesstrafe Stuttgart 1865; Beyerle, über die Todesstrafe (Denkschrift) Stuttgart 1867 (für); Schwarze, Aphorismen Leipzig 1868 (gegen); Kunze, die Todesstrafe Leipzig 1868 (für); Hilgard, Beibehaltung der Todesstrafe Stuttgart 1868 (für); Hetzel, die Todesstrafe in kulturgeschichtlicher Entwicklung Berlin 1869 (Excerpte, gegen); Geyer, die Todesstrafe Innsbruck 1869 (gegen); Loos, die Unmöglichkeit einer Begründung der Todesstrafe Berlin 1870 (gegen); v. Holtzendorff, der Mord und die Todesstrafe Berlin 1875; Rechtslexicon (Todesstrafe, gegen); Wahlberg, Schriften II S. 138 ff. Ferner die Reden des Fürsten von Bismarck (für) und Lasker's (gegen) im Norddeutschen Reichstag 1870; Moddermann (niederländ. Justizminister) krit. Vierteljahrschrift 1881 (gegen). Endlich die Anlage zu den Motiven (Rüdorff). — Von theologischer Seite die Schriften von Kohler, Bitzius, Mehring, (gegen), von Kemmler (Tüb. 1868, für). — Von ärztlicher Seite v. Rothmund, Gerichtssaal 1877 S. 583 ff.

(siehe unten) gedroht ist. Gegen dieselbe kann nicht angeführt werden, daß der Staat zu ihrer Verhängung nicht befugt sei, sei es daß diese Behauptung auf die sog. Vertragstheorie[2]) oder in anderer Weise gestützt wird; oder daß die Todesstrafe dem Besserungszwecke widerstreite, — denn Besserung ist überhaupt nicht der Zweck der Strafe; oder daß derselben keine abschreckende Kraft zukomme, — es widerspricht dies der Erfahrung und völlig unrichtig ist es, daß es für die abschreckende Kraft einer Strafe nur auf die Gewißheit ihrer Vollziehung und nicht auch auf die Höhe der Strafe ankomme.[3]) — Was vielmehr gegen die Todesstrafe eingewendet werden kann, ist a) daß die Todesstrafe mehr eine Vernichtung oder Ausstoßung des Thäters, als eine an ihm vollzogene Strafe darstellt; b) daß der Staat damit eine Maßregel verhängt, deren Tragweite ihm selbst (bzw. den Organen des Staats) nicht hinreichend bekannt ist; c) daß die Todesstrafe eine gerechte Unterscheidung der Straffälle verhindert, indem der Unterschied zwischen den Straffällen nicht entfernt dem Unterschied zwischen der Todesstrafe und der Freiheitsstrafe gleichkommt[4]); d) daß die Todesstrafe das Mitgefühl in höherem Grade erregt, als dies dem Strafzweck förderlich sein kann, und endlich e) daß die Todesstrafe in höherem Maße unwiderruflich

2) So Beccaria in seinem berühmten Buche „dei delitti e delle pene“, das oben (S. 98 Anm. 48) erwähnt wurde, dessen Begründung dahin geht, daß bei dem sog. Staatsvertrag Niemand darin gewilligt habe, eventuell getödtet zu werden. Umgekehrt gelangte von der Vertragstheorie Rousseau (contrat social) zur Bejahung der Todesstrafe, da allerdings der Einzelne getödtet zu werden eingewilligt habe, um nicht das Opfer von Mördern zu werden.

3) Anderer Meinung v. Holtzendorff, der Mord und die Todesstrafe S. 67, Psychologie des Mordes S. 45; v. Schwarze, für die Freiheitsstrafe S. 11 und Vorwort.

4) „Die schwerste Freiheitsstrafe und die einfache Todesstrafe verhalten sich zu einander wie die gegenüberliegenden Küsten zweier Kontinente, zwischen denen ein Ocean flutet“ (v. Holtzendorff, Mord und Todesstrafe S. 25). Demgegenüber hat es wenig Bedeutung, auf den mit einem jeden Uebergang zu einer anderen Strafart verbundenen Sprung zu verweisen (Hälschner, Strafrecht I S. 636 f.).

erscheint, als dies bei irgend einer anderen Strafart der Fall ist. — Demgegenüber ist es unrichtig, auf die Nothwendigkeit einer äußeren Gleichheit zwischen Verbrechen und Strafe oder Talion zu verweisen[5]) oder die Todesstrafe als durch religiöse Vorschriften gefordert zu erachten[6]) oder etwa die Todesstrafe dadurch zu begründen, daß dem schwersten Verbrechen die schwerste Strafe gebühre; denn es fragt sich ja eben, welches die schwerste Strafe sein soll. Was vielmehr allein geeignet ist, die obigen Einwendungen zu überwiegen, ist die Unentbehrlichkeit der Todesstrafe vom Standpunkt der Abschreckung; ob diese aber vorhanden ist oder die Zeit für die Abschaffung der Todesstrafe und damit für eine nicht nur humanere, sondern reinere Gestaltung des Strafrechts gekommen ist, hat der Gesetzgeber zu entscheiden.

2) Von der Carolina als regelmäßiges Strafmittel für schwere Delicte verwendet, ist die Todesstrafe von der gemeinrechtlichen Praxis mehr und mehr zurückgedrängt und in den neueren Gesetzgebungen in immer wenigeren Fällen angedroht worden, bis sie in den neuesten Gesetzgebungen nur noch für Hochverrath und Mord oder nur noch für Mord oder gar nur für besondere Fälle des Mordes gedroht war.[7]) Ja sie war vorübergehend abgeschafft, so in Oesterreich (nach dem Vorgange Toscana's) durch Joseph II. im Jahre 1787, wo sie aber schon im Jahre 1795 wieder eingeführt wurde. Ferner im Jahre 1848 durch die von der Frankfurter Nationalversammlung beschlossenen Grundrechte[8]), in Folge

5) So im Wesentlichen die Begründung der Todesstrafe bei Kant, Hegel und Stahl; vgl. oben Seite 51 f.

6) Die bekannten Stellen des Alten und Neuen Testamentes wollen theils keine Rechtssätze sein, theils kann ihnen für das heutige Recht keine Verbindlichkeit zukommen.

7) Preußen 1851 kannte die Todesstrafe für Hochverrath, Mord, gewisse Fälle des Todtschlags und (unter Umständen) für gemeingefährliche Delicte; Bayern 1861 für Hochverrath und Mord; Lübeck 1863 für Mord; Hamburg 1869 nur für gewisse Fälle des Mordes.

8) §. 9; vorbehaltlich des sog. Standrechts und der Meuterei zur See.

deren sie in einer Reihe von deutschen Staaten aufgehoben wurde[9]) worauf freilich bald in den meisten ihre Wiedereinführung erfolgte[10]) Endlich im Königreich Sachsen, welches noch zur Zeit des Norddeutschen Bundes selbständig mit der Abschaffung der Todesstrafe vorging. Bei dem Erlaß des norddeutschen St.G.B. bestand die Todesstrafe nicht in Sachsen, Oldenburg, Anhalt und Bremen. Auch im norddeutschen Reichstag wurde zunächst die Beseitigung der Todesstrafe mit 118 gegen 81 Stimmen beschlossen[11]), im Interesse des Zustandekommens des Gesetzes aber schließlich die Beibehaltung der Todesstrafe für den vollendeten Mord, sowie für den hochverrätherischen Mordversuch, wenn verübt gegen den Kaiser, gegen den eigenen Landesherrn und gegen den Landesherrn des Aufenthaltsstaates, beschlossen, worauf vor Kurzem die Todesstrafe auch für die sog. Explosionsverursachung, im Falle ein Mensch dadurch ums Leben gekommen ist und der Thäter dies voraussehen konnte (Sprengstoffgesetz vom 9. Juni 1884 § 5), wieder eingeführt wurde. — Von ausländischen Gesetzen ist die Todesstrafe abgeschafft in der italienischen Provinz Toscana, in dem italienischen Staat San Marino, in Portugal (seit 1867), in Holland (seit 1870), in Rumänien (seit 1865), in einigen der vereinigten Staaten von Nordamerika[12]), sowie in den meisten Kantonen der Schweiz, wo sie 1874 durch Bundesgesetz abgeschafft, 1879 aber ihre Wiedereinführung für zu-

9) In Württemberg, Baden, Kurhessen, Hessen-Darmstadt, Oldenburg, Braunschweig, Nassau, Bremen, Hamburg, sowie den thüringischen und anhaltischen Staaten.

10) So in Württemberg durch ein Gesetz von 1853 (vgl. Seeger, Abhandlungen S. 56 ff.), wogegen sie in Nassau erst 1867 durch das preußische St.G.B. wieder eingeführt wurde.

11) Vgl. die Verhandlungen vom 23. Mai 1870 und besonders die Reden einerseits des Fürsten v. Bismarck, andererseits Lasker's.

12) Vollständig jedoch nur in Michigan (seit 1846) und in Wisconsin (seit 1853), wogegen in Rhode-Island (codificirte Statuten von 1872) die Todesstrafe nur abgeschafft ist mit Ausnahme des Falles, wenn von einem zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe Verurtheilten ein Mord begangen wird.

lässig erklärt wurde[13]). In ähnlichem Umfange wie in Deutschland besteht die Todesstrafe in Oesterreich[14]), in Frankreich und England. In Rußland wird sie (schon seit Katharina II.) nicht für den Mord, wohl aber für Fälle des Hochverrathes verwendet[15]).

3) Außer in den schon genannten Fällen kommt die Todesstrafe nach dem geltenden Recht noch vor a) im Militär-St.G.B., in welchem dieselbe bei achtzehn Delictsarten gedroht ist; b) im Falle des Kriegs- oder Belagerungszustandes (auch Standrecht genannt), in welchem Fall eine Anzahl sonst nur mit Freiheitsstrafe bedrohter Delicte[16]) auch wenn von Civilpersonen begangen, für todeswürdig erklärt ist (Einf.G. zum St.G.B. §. 4).[17])

4) Dabei ist die Todesstrafe, abgesehen von einigen Fällen des Militärstrafrechts, als absolute Strafe gedroht und auch nicht durch die Annahme mildernder Umstände ein Abgehen von derselben gestattet.[18]) Doch kommt die Todesstrafe

13) Wiedereingeführt ist sie in den Kantonen Appenzell inner Rhoden, Unterwalden ob dem Wald, Uri, Schwyz, Zug, St. Gallen, Luzern, Wallis. Vgl. Guillaume, état actuel de la question de la peine de mort en Suisse Bern 1886.

14) Wo aber noch einige weitere Fälle, so der räuberische Todtschlag und Fälle der Brandstiftung, genannt sind. Der österr. Entwurf droht sie für Hochverrath gegen das Staatsoberhaupt und bestimmte Fälle des Mordes.

15) Der russische Entwurf behält ihre Aufrechterhaltung oder Verwerfung einer besondern Beschlußfassung vor.

16) Hochverrath (§. 81), Fälle des Landesverraths (§§. 88, 90), eine Anzahl von gemeingefährlichen Delicten (§§. 307, 311, 312, 315, 322, 323, 324).

17) Nicht gilt dies für Bayern (Reichsgesetz vom 22. April 1841, §. 7, durch welches hinsichtlich des Kriegs- oder Belagerungszustandes für Bayern die dortigen Vorschriften für aufrechterhalten erklärt sind).

18) Anders Schweden, wo die Todesstrafe in mehreren Fällen nur als relative Strafe gedroht ist; ferner Frankreich, wo den Geschwornen auch in diesen Fällen die Annahme mild. Umstände zusteht; endlich

nicht zur Anwendung bei jugendlichen Personen[19]), sowie im Falle von Versuch und Beihülfe, für welche Fälle (§. 44, Absatz 2, §. 49 Absatz 2) eine geringere Strafe gedroht ist.[20])

5) Die Vollstreckung der Todesstrafe ist aufzuschieben bei wesentlichen Hindernissen in der Person des Verurtheilten, in welcher Beziehung im Gesetze selbst (Strafprozeß-Ordnung §, 383) nur Geisteskrankheit und Schwangerschaft genannt sind, wohin aber auch schwere körperliche Krankheit zu rechnen ist. Die Vollstreckung selbst erfolgt (St.G.B. §. 13) durch Enthauptung[21]), bei einer Verurtheilung nach dem Militär St.G.B. aber (und zwar im Frieden für militärische, im Kriege auch für nichtmilitärische Delicte) durch Erschießen. Die Art der Enthauptung ist landesrechtlich verschieden, wonach in Preußen (abgesehen von der Rheinprovinz) das Beil, in Bayern und Württemberg das Fallbeil oder Fallschwert (die Guillotine) verwandt wird. Dabei ist die Frage der Oeffentlichkeit der Hinrichtung im neueren Rechte im Sinne beschränkter Oeffentlichkeit oder sog. Intramuranhinrichtung entschieden, die nach amerikanischem Vorgang seit 1841 in die deutschen Gesetzgebungen eingeführt wurde.[22]) Vgl. die näheren Vorschriften in §. 486 der Strafprozeß-Ordnung, der durch landesrechtliche

mehrere der vereinigten Staaten von Nord-Amerika (Minnesota, Indiana, Illinois), in denen die Anwendung der Todesstrafe in die Hand der Geschwornen gelegt ist.

19) St.G.B. §. 57: Personen unter 18 Jahren, wogegen in Oesterreich das 20. Lebensjahr entscheidet.

20) Anders Frankreich, wo auch in diesem Falle Todesstrafe gedroht ist, jedoch die Annahme mildernder Umstände in Betracht kommt.

21) Oesterreich, England und die Vereinigten Staaten halten an dem Galgen fest; ebenso Rußland, wo vor 1826 die Art der Tödung in das Ermessen des Gerichtes gestellt war.

22) Eingeführt wurde sie 1841 in Sachsen-Altenburg, 1851 in Preußen, 1853 in Württemberg, 1855 in Sachsen, 1856 in Baden, 1861 in Bayern. — Dieselbe ist auch in Oesterreich angenommen (seit 1873) ebenso in Belgien, England (seit 1868) und in Rußland (seit 1881).

Anordnungen ergänzt wird.[23]) Der Leichnam des Hingerichteten soll den Angehörigen desselben auf ihr Verlangen zur einfachen, ohne Feierlichkeiten vorzunehmenden Beerdigung verabfolgt werden.

b) Schärfungen der Todesstrafe[24]) sind im geltenden Recht beseitigt. Wohl aber kann nach dem geltenden Recht (St.G.B. §. 32) auch neben der Todesstrafe auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden [25]).

§. 49 (52—54).

Die Freiheitsstrafen [1]).

1) Die regelmäßige Strafe des neueren Rechts ist die Freiheitsstrafe, d. h. die dem Schuldigen zur Strafe auf-

23) Dieselben betreffen die Förmlichkeiten, insb. das Verlesen des Urtheils und die Ueberweisung des Verurtheilten an den Nachrichter. Vgl. die in dieser Hinsicht noch giltige preußische Criminalordnung von 1805, sowie die württembergische Verordnung vom 11. März 1880. Recht ungeeignet ist die „Warnungsanzeige", welche auf Grund der preußischen Criminalordnung nach der Hinrichtung veröffentlicht werden soll.

24) Die letzte (Schleifen zur Richtstätte) bestand in Hannover bis zum Jahre 1859.

25) Es soll dadurch auch bei den todeswürdigen Fällen der Unterschied zwischen schimpflichen und nichtschimpflichen Fällen zum Ausdruck gebracht werden. Doch wird dabei verkannt, dass es sich um den Verlust bestimmter Rechte handelt, deren Aberkennung im Falle der Todesstrafe keinen Sinn hat und auch dadurch nicht genügend gerechtfertigt wird, daß die Zeit zwischen der Rechtskraft des Urtheils und der Vollstreckung in Betracht kommt. Wohl aber ist zu beachten, daß bei der Verwandlung der Todesstrafe in Freiheitsstrafe im Wege der Gnade dem Begnadiger nicht von selbst die Befugniß zusteht, mit der Freiheitsstrafe den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte zu verbinden, was aber (siehe unten §. 53) auf einem Fehler der Gesetzgebung hinsichtlich der Verbindung der Ehrenstrafen mit der Freiheitsstrafe beruht.

1) Aus der unübersehbaren Litteratur seien hervorgehoben C. E. Wächter, Zuchthäuser in Württemberg Stuttgart 1786; Wagnitz,

erlegte Beschränkung seiner Bewegung im Raume. Dabei sind zur Freiheitsstrafe im weiteren Sinne auch zu rechnen

a) die Ausweisung (Verbannung, Abschaffung), d. h. der Zwang, einen bestimmten Ort oder Bezirk, bezw. Land

historische Nachrichten über die merkwürdigsten Zuchthäuser in Deutschland 2 Bde. Halle 1791—1794, Ideen Halle 1801; v. Arnim, Bruchstücke über Verbrechen und Strafen Frankfurt und Leipzig 1803; Julius, Vorlesungen über Gefängnißkunde Berlin 1828; K. G. Wächter, Strafarten und Strafanstalten in Württemberg Tübingen 1832; Tellkampf, Besserungsgefängnisse in Nordamerika und England Berlin 1844; Fuesslin, die Einzelhaft Heidelberg 1855; Grundlage jeder Gefängnißreform Leipzig 1865; Mittermaier, Gefängnißverbesserung Erlangen 1858; der gegenwärtige Zustand Erlangen 1860; Christiansen, rechtliche Würdigung der Einzelhaft Kiel 1859; v. Holtzendorff, Gesetz oder Verwaltungsmaxime Berlin 1861; Boehlau, die Einzelhaft in Preußen Weimar 1861; Haenle, Gefängnißkunde Göttingen 1866; Zugschwerdt, Vollzug der Freiheitsstrafe Wien 1867; v. Valentini, das Verbrecherthum im preuß. Staat Leipzig 1869; Wahlberg, v. Holtzendorff's Handbuch II S. 475 ff., Schriften I S. 137 ff., III 115 ff., Individualisirung S. 144 ff., Zeitschr. von Grünhut 1884; v. Lichtenberg, Zuchthausstrafe Leipzig 1873; Fulda, Gefängnißverbesserung Kassel 1873, Marburg 1880, Verbrecherthum Heidelberg 1883; Streng, Gerichtssaal 1877. Zeitschr. für Strafr.wiss. 1882, 1883; Ekert, v. H. Handbuch IV S. 179 ff.; Starke, das belgische Gefängnißwesen Berlin 1877, Verbrechen und Verbrecher in Preußen, Berlin 1884; v. Hülsen, Gefängnißwesen in Preußen Berlin 1878; Mittelstädt, gegen die Freiheitsstrafe Leipzig 1879, Zeitschr. für Strafrechtswesen 1882; v. Schwarze, für die Freiheitsstrafe Leipzig 1880; Tauffer, Gerichtssaal 1879 S. 161 ff., Beiträge Stuttgart 1885; Katz, Gerichtssaal 1879 S. 133 ff.; Fulda, Gefängnißverbesserung Marburg 1880; Krohne, Z. für Strafr.wiss. 1881; Sontag, daselbst 1881; Dalcke u. Genzmer, Handbuch der Strafvollstreckung Berlin 1881; Schmölder, die Strafen des d. St.G.B. Berlin 1885; Kleinfeller, die bayer. Litteratur über Freiheitsstrafen München 1886. — Von Zeitschriften Julius, Jahrbücher der Gefängnißkunde 1842—1848; Ekert Blätter für Gefängnißkunde 1865 ff.; Jahresberichte der rhein. westfäl. Gefängnißgesellschaft, des norddeutschen Vereins für Gefängnißwiss. — Verhandlungen des internat. Gefängnißcongresses zu London 1872, Stockholm 1878, Rom 1885. — In ärztlicher Hinsicht Baer, die Gefängnisse Berlin 1871; Loeser, Gerichtssaal 1875.

oder Reich zu verlassen, eine Maßregel, welche das ältere Recht vielfach als Strafe verwandte [2]), die aber im geltenden Recht nur noch gegen Ausländer als Strafe (und zwar als Nebenstrafe), gegen Inländer nur als polizeiliche Maßregel [3]) vorkommt;

b) die Verstrickung (Eingrenzung, Confinirung, Confination, Internirung), d. h. das Verbot, einen bestimmten Ort oder Bezirk zu verlassen, eine Maßregel, welche im älteren Recht mehrfach als Hauptstrafe oder wenigstens als Nebenstrafe vorkam [4]), die aber im geltenden Recht als Strafmittel gar nicht und auch als polizeiliche Maßregel nur noch ausnahmsweise [5]) verwandt wird;

c) die Wegschaffung (Verbringung, Verschickung, Transportation, Deportation), d. h. die Verbringung des Verurtheilten zur Strafe an einen entfernten Ort [6]), die im älteren Rechte mehrfach zur Verwendung kam [7]) und auch in ausländischen Rechten theils verwendet wurde, theils noch jetzt zur Verwendung gelangt [8]) und auch in Deutschland als geeignetes

2) Vgl. die geschichtliche Darstellung (oben Seite 69, 71 ff., 76 79, 94 f.).

3) Und zwar als Ausweisung aus dem Reich nach dem Jesuitengesetz von 1872 und dem Gesetz über die unbefugte Ausübung von Kirchenämtern von 1874; als Ausweisung aus dem Einzelstaat nach dem Freizügigkeitsgesetz von 1867 §. 3 und dem Unterstützungswohnsitzgesetz von 1870 §§. 6, 55; als Ausweisung aus einzelnen Bezirken und Ortschaften nach landesgesetzlichen Vorschriften (z. B. württemberg. Polizeistrafgesetz Art. 10).

4) Vgl. die Carolina Art. 161, in welcher die Verstrickung als eine der Strafen des Diebstahls genannt ist; ferner ältere Landesgesetze, nach denen dieselbe zu den durch die Polizeiaufsicht gerechtfertigten Massregeln gehörte, was im geltenden Rechte nicht mehr der Fall ist.

5) Vgl. das Gesetz über die unbefugte Ausübung von Kirchenämtern vom 4. Mai 1874.

6) v. Holtzendorff, die Deportation als Strafmittel, Leipzig 1859.

7) Vgl. die geschichtliche Darstellung Seite 72.

8) England verschickte anfangs nach den amerikanischen Kolonieen, seit 1784 aber nach Australien, bis 1857 (vollständig 1860) auch

Strafmittel vielfach genannt ist[9]). Und in der That hängt es nur von der näheren Ausführung dieser Maßregel ab, ob nicht auch sie, etwa als Zusatz zu der Freiheitsstrafe im engeren Sinne, ein geeignetes Strafmittel darstellt[10]);

d) die öffentliche Zwangsarbeit oder die Verwendung des Verurtheilten zu öffentlichen Arbeiten (unabhängig von der Einschließung in eine Strafanstalt), ein dem früheren Recht vielfach bekanntes Strafmittel[11]), hinsichtlich dessen aber im heutigen Recht nur noch die im §. 6 Absatz 2 des Einf.G. zum St.G.B. der Landesgesetzgebung gewahrte Befugniß zur Verhängung von sog. Forst- oder Gemeindearbeit[12]) in Betracht kommt.

2) Freiheitsstrafe im engeren Sinne aber ist die Einschließung des Verurtheilten in eine Strafanstalt, sei es mit oder ohne den Zwang zu einer bestimmten Art des Verhaltens oder der Beschäftigung, sei es ununterbrochen oder unterbrochen durch Aufenthalt, bzw. Beschäftigung im Freien. In größerer Ausdehnung als Strafmittel verwendet erst seit dem Anfang des

hiermit aufgehört wurde. — Frankreich verschickt nach Lambessa in Algier, Cayenne in Guyana sowie nach Neucaledonien; vgl. insbesondere das neue Gesetz über Rückfällige (Gesetz vom 27. Mai 1885). — Die russische Deportation nach Sibirien (gegen die sich in Russland selbst verschiedene Stimmen erheben) wird in mehreren Graden verwendet.

9) Fabri, bedarf Deutschland der Kolonieen? Gotha 1879; Mittelstädt, gegen die Freiheitsstrafen S. 77 ff. (dafür). Strosser u. Stursberg, über Strafkolonieen Düsseldorf 1880; v. Schwarze, für die Freiheitsstrafe S. 41 f.; Krohne, Z. für Strafr.wiss. 1881 S. 78; Streng, daselbst 1883 S. 451; Lucas, Goltd. Archiv 1884 S. 153 ff. (dagegen).

10) Uebrigens ist der Unterschied beider gering, wenn nur die Verbringung in eine entlegene Strafanstalt in Frage steht.

11) Vgl. die geschichtliche Darstellung S. 72, 95 f.; schon den Aegyptern war die Verwendung zur Bergwerksarbeit als Strafmittel bekannt.

12) Jedoch nur da, wo sie zur Zeit der Einführung des Reichs-St.G.B. bestand; wovon das preußische, sächsische und badische, nicht auch das bayerische und württembergische Forststrafgesetz Gebrauch macht.

vorigen Jahrhunderts [13]), ist die Freiheitsstrafe in diesem Sinne erst seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts zum Gegenstand genauerer Regelung gemacht worden [14]).

3) Dabei wurden mit Recht [15]) verschiedene Arten der Freiheitsstrafe unterschieden, wozu theils die Verschiedenheit der Behandlung der Sträflinge, theils die Frage, ob und welche Rechtsminderungen mit der Freiheitsstrafe verbunden sein sollen, die Möglichkeit bietet. Und zwar waren es mindestens drei Arten von Freiheitsstrafe, welche man unterschied, nämlich als schwerste Freiheitsstrafe die Zuchthausstrafe, als mittlere Freiheitsstrafe die Gefängnißstrafe und als leichteste Freiheitsstrafe ist die Festungshaft, wozu aber nach einzelnen Gesetzen noch die Kettenstrafe oder Karrenstrafe [16]) als eine über das Zuchthaus hinausgehende, die Arbeitshausstrafe [17]) als eine zwischen Zuchthaus und Gefängniß stehende und der Arrest oder die Haft als eine besondere Strafe für geringere Fälle hinzukam. — Das geltende Recht unterscheidet

a) die Zuchthausstrafe (St.G.B. §. 14, 15, 31, 32) mit einem besonderen Arbeitszwang und gewissen Rechtsminderungen verbunden. Was nämlich den Arbeitszwang betrifft, so sollen die Sträflinge zur Arbeit angehalten werden (obligatorischer Arbeitszwang), und ferner sind es die in der Strafanstalt eingeführten Arbeiten, womit die Sträflinge zu be-

13) Siehe die geschichtliche Darstellung S. 96.

14) Die größte Anregung gab das Werk von Howard, the state of prisons in England and Wales London 1777, übersetzt von Köster Leipzig 1780, sowie das Vorbild der Niederlande (Zuchthaus zu Gent 1775) und Nordamerika's (siehe unten das über die Einzelhaft Gesagte). Es folgte das oben (Anm. 1) genannte Werk von v. Arnim und der preußische „Generalplan zur Verbesserung der Gefängnisse" von 1804.

15) Anders Diejenigen, welche die Bedeutung der Freiheitsstrafe wesentlich in die Sicherung oder Besserung des Thäters setzen, woraus sich eine einheitliche Freiheitsstrafe für alle Arten von Straffällen ergiebt. So z. B. Cleß, die Aufgabe des Staats gegenüber dem Verbrechen S. 50 f.

16) So Bayern, 1813, Hannover 1840.

17) So Bayern 1813, Württemberg 1839, Sachsen 1855 u. 1868. Für Wiederherstellung der Arbeitshausstrafe Wächter, Beilagen S. 179; Schwarze, Freiheitsstrafe S. 45. Gegen dieselbe Hälschner I S. 584.

schäftigen sind (genereller Arbeitszwang), so daß eine Berücksichtigung der persönlichen Fähigkeiten und Verhältnisse nur in zweiter Linie als zulässig erscheint [18]). Abweichend von früheren und ausländischen Gesetzen [19]) ist nicht vorgeschrieben, daß die Arbeiten besonders schwere sein sollen. Was aber die Rechtsminderungen betrifft, so hat die Verurtheilung zur Zuchthausstrafe die dauernde Unfähigkeit zum Waffendienst und zur Bekleidung öffentlicher Aemter zur Folge [20]). Nicht aber ist nach dem geltenden Recht mit der Zuchthausstrafe der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte als solcher verbunden, dessen Zusammenhang mit der Zuchthausstrafe vielmehr nur der ist, daß in allen Fällen der Verurtheilung zur Zuchthausstrafe die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte für zulässig erklärt ist. Ihrer Dauer nach ist die Zuchthausstrafe theils lebenslänglich, theils wird sie in einer Dauer von einem bis zu fünfzehn Jahren verwendet;

b) die Gefängnißstrafe (St.G.B. §§. 16, 32), mit einem weniger weit gehenden Arbeitszwange und nicht nothwendig mit Rechtsminderungen verbunden. Was nämlich den Arbeitszwang betrifft, so können die Sträflinge zwangsweise beschäftigt werden, wonach also die Anwendung eines solchen Zwanges von dem Ermessen der Strafanstaltsverwaltung abhängt (facultativer Arbeitszwang) [21]), und ferner ist hinsichtlich der Art der Beschäftigung in erster Linie eine Berücksichtigung der Fähigkeiten und Verhältnisse des Sträflings geboten (individualisirender Arbeitszwang). Auf ihr Verlangen muß ihnen eine derartige Beschäftigung gewährt werden. Was

18) Deßwegen sogar gegen eine Verwendung der Zuchthaussträflinge im Bureau und im Haushalt Schmölder, die Strafen S. 60.

19) Z. B. dem englischen Recht, das ausdrücklich „hard labour" als Kennzeichen der schwereren Freiheitsstrafe hinstellt.

20) Vgl. auch St.G.B. §. 20, wonach, wenn das Gesetz die Wahl zwischen Zuchthaus und Festungshaft gestattet, auf Zuchthaus nur dann erkannt werden soll, wenn das Delict aus ehrloser Gesinnung hervorging.

21) Gegen diese Regelung und für obligatorischen Arbeitszwang auch bei der Gefängnißstrafe Rommel, Strafanstaltsarbeit, Düsseldorf 1870; Strosser, Nothwendigkeit der Gefängnißarbeit, Düsseldorf 1877; Sontag, Zeitschrift für Strafrechtswiss. 1881 S. 622.

ferner die Rechtsminderungen betrifft, so führt die Gefängnißstrafe niemals von selbst irgend welche Rechtsminderung mit sich. Und auch die Möglichkeit, neben ihr auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte zu erkennen, ist nur dann gegeben, wenn dies bei der einzelnen Delictsart für zulässig erklärt ist oder die Gefängnißstrafe wegen Annahme mildernder Umstände an die Stelle von Zuchthausstrafe gesetzt wird, in beiden Fällen unter der Voraussetzung, daß auf mindestens drei Monat Gefängniß erkannt wird. — Ihrer Dauer nach kommt die Gefängnißstrafe in einer Ausdehnung von einem Tage bis zu fünf Jahren vor; ausnahmsweise wird sie aber auch in einer Ausdehnung bis zu zehn (§. 57 Nr. 1), bis zu fünfzehn (§. 74 Absatz 3) Jahren verwendet;

c) die Festungshaft (St.G.B. §§. 17, 20)[22]), niemals mit Arbeitszwang oder Rechtsminderungen verbunden[23]), vielmehr in einer Beaufsichtigung der Beschäftigung und Lebensweise des Verurtheilten bestehend, wobei vorgeschrieben ist, daß dieselbe in Festungen oder anderen hierzu bestimmten Räumen zu vollstrecken ist. Ihrer Dauer nach wird die Festungshaft in einer Ausdehnung von einem Tage bis zu fünfzehn Jahren verwendet;

d) die Haft (§§. 18, 362), ebenfalls in einfacher Freiheitsentziehung bestehend und nur ausnahmsweise (vgl. §. 362) mit einem Arbeitszwange verbunden, in einer Ausdehnung von einem Tage bis zu sechs Wochen, ausnahmsweise (§. 77 Absatz 2) bis zu drei Monaten. Der Regel nach nur bei „Ueber-

22) Sontag, die Festungshaft Leipzig u. Heidelberg 1872. Früher auch Staatsgefängniß oder Einschließung genannt, wurde dieselbe mehrfach (so noch Württemberg 1839, Hannover 1840, Hessen-Darmstadt 1841, Baden 1845, Bayern 1861) als Surrogatstrafe für gebildete Stände verwendet, was mit Recht im preußischen St.G.B. von 1851 und im geltenden Recht nicht anerkannt wurde, in welchem die Festungshaft vielmehr bei bestimmten Delictsarten als ausschließliche Strafe (so beim Zweikampf), bei anderen wahlweise (so bei verschiedenen Delicten gegen den Staat) gedroht ist.

23) Abgesehen davon, daß auch neben der Festungshaft unter Umständen auf den Verlust der bekleideten öffentlichen Aemter sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden kann (St.G.B. §. 83).

tretungen" verwendet (vgl. oben Seite 43), kann in einzelnen Fällen Haft auch bei „Vergehen" erkannt werden[24]).

Was die Beurtheilung dieser Eintheilung betrifft[25]), so schwankt dieselbe zwischen zwei verschiedenen Grundsätzen, dem Grundsatz nämlich, die Freiheitsstrafen nach der Schwere der Delicte, und dem Grundsatz, dieselben nach der Art der Delicte zu unterscheiden[26]). Nur eine Vereinigung aber dieser beiden Grundsätze könnte das Richtige ergeben, indem sowohl in schweren Fällen (bei Verbrechen), wie in mittleren Fällen (bei Vergehen), wie in geringeren Fällen (bei Uebertretungen) die Auswahl zwischen einer schimpflichen, einer nicht schimpflichen und etwa noch einer positiv anständigen Art der Freiheitsstrafe gegeben sein müßte. Doch würde es genügen, wenn zu diesem Zwecke das Minimum der Zuchthausstrafe herabgesetzt, das Maximum der Gefängnißstrafe erhöht würde, wogegen der Unterschied zwischen Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen durch Abstufungen innerhalb jener drei Arten der Freiheitsstrafe zum Ausdruck gebracht werden könnte[27]). Auch fragt sich, ob ein wirkliches Bedürfniß zur Aufrechterhaltung der Festungshaft vorliegt[28]). — Mit den Freiheitsstrafen des Civilstrafrechts stimmen im Allgemeinen diejenigen des Militärstrafrechts überein[29]),

24) Vgl. St.G.B. §. 140 Nr. 2 (Verletzung der Wehrpflicht), §§. 185, 186 (Beleidigung); Gewerbeordnung §. 147.

25) Vgl. Gerichtssaal 1881 S. 133.

26) Ausschließlich für den erstern Gesichtspunct Schütze, Gerichtssaal 1883 S. 86 f. Hiergegen Mittelstaedt, Zeitschr. für Strafrechtswiss. 1882 S. 432.

27) Gegen eine besondere Strafe für Uebertretungen Geyer, v. Holtz. Encyclopaedie S. 908, Zeitschr. für Strafr.wiss. 1881 S. 516. Für die Zusammenfassung von Haft und geringerem Gefängniß zu Arrest nach Art des militärischen Strafrechts (siehe unten). Schmoelder, Strafr. S. 69.

28) Gegen dieselbe und für Aufstellung nur zweier Arten von Freiheitsstrafe Sontag, Zeitschr. für Strafrechtswiss. 1881 S. 514; Mittelstaedt, daselbst 1882 S 435. Für dieselbe Wächter, sächs.-thüring. Strafrecht S. 223 ff., Beiträge zur Kritik S. 116; Hälschner, Strafrecht I S. 625 Anm. 4.

29) Auch die militärische Zuchthausstrafe hat die Unfähigkeit zum Wehrdienst zur Folge und wird durch die Civilbehörde vollstreckt.

nur daß das Gefängniß bis zu fünfzehn Jahren hinaufgeht und sogar als lebenslängliches Gefängniß vorkommt und daß alle Freiheitsstrafen bis zur Höhe von sechs Wochen als „Arrest" verbüßt werden sollen, der seinerseits in schweren, mittleren und leichten Arrest getheilt ist.

4) Dabei ist das gegenseitige Werthverhältniß dieser Strafarten (wichtig bei einer Umwandlung der Strafen; siehe unten) dahin bestimmt (St.G.B. §. 21), daß die Zuchthausstrafe ein Drittel schwerer als die Gefängnißstrafe und diese ein Drittel schwerer als die Festungshaft sein soll, ohne daß auch für das Verhältniß der Haft zu den übrigen Arten der Freiheitsstrafe eine derartige Vorschrift getroffen wäre.

5) Nicht vorgeschrieben ist, daß die verschiedenen Arten der Freiheitsstrafe in besonderen Anstalten vollstreckt werden sollen, sodaß nicht selten Zuchthaus- und Gefängnißstrafe, Gefängniß- und Haftstrafe in derselben Anstalt[30]) und zuweilen auch die criminelle Freiheitsstrafe zugleich mit disciplinären Freiheitsstrafen vollstreckt wird.[31]) Wohl aber ist angeordnet (§. 17 Absatz 4), daß die Festungshaft in Festungen oder anderen dazu bestimmten Räumen vollzogen werden soll, sowie (§. 57 Abs. 2), daß die Freiheitsstrafe an jugendlichen Personen (§. 58) in besonders hiefür bestimmten Anstalten oder Räumen zu vollziehen ist[32]), eine Vorschrift, welche auf diejenigen, welche auch noch zur Zeit der Bestrafung in jugendlichem Alter stehen, beschränkt sein sollte[33]).

30) Gerade dies beruht nicht selten auf allgemeiner Anordnung, indem z. B. nach württemb. Vorschrift Gefängniß bis zu sechs Wochen in Verbindung mit den sog. Haftstrafen im Bezirksgefängniß und nur die höheren Gefängnißstrafen in den sog. Landesgefängnissen vollstreckt werden.

31) Letzteres nach dem preußischen Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Studierenden von 1879 §. 6, das die Vollstreckung von Haftstrafen im Karcer zuläßt. Gegen diese Bestimmung Olshausen, N. 4 zu §. 16; Ortloff, Gerichtssaal 1881 S. 189 ff.; Zimmermann, daselbst 1882 S. 391.

32) Mit Recht für besondere Anstalten Krohm, Z. für Strafrechtswiss. 1881 S. 81.

33) Ueber die Anstalten, in welchen in Württemberg die verschie-

6) Was die Dauer der Freiheitsstrafen betrifft, so erscheint die lebenslängliche Freiheitsstrafe[34]) jedenfalls im geltenden Recht als unentbehrliches Mittelglied zwischen der Todesstrafe und der zeitlichen Freiheitsstrafe.[35]) Das Maximum der zeitlichen (das Gesetz sagt unrichtig „zeitigen“) Freiheitsstrafe dagegen ist im geltenden Recht auf fünfzehn Jahr bestimmt[36]), während dasselbe im früheren Recht zum Theil erheblich höher bestimmt war[37]), de lege ferenda aber zum Theil ein geringeres Maximum vorgeschlagen wurde.[38]) Der Vorschlag, das Maximum der zeitlichen Freiheitsstrafe nach dem Lebensalter des Schuldigen verschieden zu bestimmen[39]) ist deßwegen nicht dringend, weil die zeitliche Freiheitsstrafe immer in relativer Weise gedroht ist. — Dabei soll die Zuchthausstrafe immer nur nach ganzen Monaten erkannt werden, was aber nur auf die Strafzumessung[40]), nicht auch auf den Fall der Strafumwandlung

denen Arten von Freiheitsstrafen vollstreckt werden, vgl. die Verfügung vom 8. August 1884.

34) Ausschließlich angedroht in den §§. 87 u. 90, sowie 81, 88, 94; wahlweise angedroht in den §§. 178, 214, 215, 220, 229, 251, 307, 312, 315, 322, 323 u. 324; Nahrungsmittelgesetz §. 13, Sprengstoffgesetz §. 5.

35) Angriffe auf die lebenslängliche Freiheitsstrafe u. A. bei Köstlin, System S. 443. — Für die Vereinigung der zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe Verurtheilten in besonderen Anstalten (wie in Schweden) Schmölder S. 55.

36) Dies gilt auch für den Fall des Zusammentreffens verschiedener Delicte, außer wenn dieselben selbständig erkannt sind und eine Reduction (siehe unten) als unmöglich erscheint. Eine weitere Ausnahme macht der Fall, wenn neben einer 15jährigen Freiheitsstrafe auf Geldstrafe erkannt ist und eine Umwandlung der Geldstrafe in Freiheitsstrafe eintritt.

37) In Sachsen und Baden war das Maximum 30, in Württemberg 25, in Preußen 20 Jahr.

38) Vgl. die Motive und die Anlage zu denselben; ferner Schmölder, Strafen S. 58, der mit einem der damaligen Gutachten 6 Jahr als angemessenes Maximum erachtet.

39) Hrehorowicz, Grundbegriffe S. 143 f.

40) Einschließlich übrigens der Strafzumessung bei zusammentreffenden Delicten (siehe unten).

und Strafanrechnung zu beziehen ist.[41]) Als ausnahmslose Vorschrift dagegen ist zu betrachten, daß auf die übrigen Freiheitsstrafen nur nach ganzen Tagen erkannt werden soll[42]). Dabei wird der Tag zu 24 Stunden, die Woche zu 7 Tagen, Monat und Jahr aber nach der Kalenderzeit berechnet[43]). Als Anfang der Strafzeit hat[44]) der Eintritt in die Strafanstalt[45]), als Ende der Ablauf des betreffenden Zeitraumes (der auch inmitten eines Tages fallen kann) zu gelten. Ueber Aussetzung und Unterbrechung des Strafvollzuges siehe die St.P.O. §. 493.[46])

7) Hinsichtlich der wichtigen Frage, ob die Freiheitsstrafe in Gemeinschaftshaft oder in Einzelhaft (Isolirung, Zellensystem) vollstreckt werden solle, sind es hauptsächlich vier Systeme, welche man unterscheidet: a) völlige Gemeinschaft, früher allgemein und jetzt noch in den meisten Strafanstalten verwendet, modificirt etwa durch eine Eintheilung der Sträflinge nach Klassen[47]); b) völlige Einzelhaft.

41) Anderer Mg. v. Schwarze, Schütze, v. Liszt (auch die Motive II), welche die Vorschrift auch auf Strafumwandlung und Strafanrechnung oder wenigstens auf letztere beziehen. Richtig Olshausen N. 7 zu §. 79; Reichsgericht III 13. April 1881, III 18. Juni 1881. Jedoch I 27. November 1884 (bei Umwandlung einer Geldstrafe in Freiheitsstrafe kann letztere auch nach Monaten berechnet werden). Vgl. Ruhstrat, Gerichtssaal 1871 S. 79 f.; württemb. Gerichtsblatt 1873 S. 171 f., 250 ff.; Goltdammer Archiv 1872 S. 239 ff.

42) Für zwölf Stunden als Minimum der Freiheitsstrafe statt eines Tages Geyer, Zeitschr. von Grünhut 1875 S. 340 f.; Binding, daselbst S. 696.

43) Anders Preußen 1851, nach welchem der Monat zu 30 Tagen gerechnet wurde.

44) Abgesehen von dem Fall der Anrechnung einer noch nach dem Urtheil erlittenen Untersuchungshaft, die §. 482 der St.P.O., wenn auch in zu eingeschränkter Weise, ermöglicht.

45) Anders Holland, welches den Beginn der Ueberführung in die Anstalt, sowie Oesterreich, welches sogar die Rechtskraft des Strafurtheils als maßgebend ansieht.

46) Vgl. noch Keyssner, Gerichtssaal 1875 S. 558 ff.

47) Es wird von einem Genfer- oder Klassifications-Systeme gesprochen.

Grundsätzlich zuerst in Philadelphia in Pennsylvanien und zwar in religiöser und Besserungstendenz verwendet[48]), daher auch philadelphisches, pennsylvanisches oder Pönitentiar-System genannt, ist dieselbe später in England und Belgien, dann auch in Frankreich und Deutschland zur Anwendung gekommen, meist in Anstalten, die nach dem Radial- oder panoptischen System gebaut wurden, und von denen das zu Pentonville bei London (1842), das zu Bruchsal (1848), und das zu Moabit bei Berlin (1849) vorbildlich wurden, denen inzwischen mannigfache andere Anstalten gefolgt sind.[49]) Nicht in allen diesen Anstalten ist die Isolirung eine so vollständige, daß die Sträflinge auch in Kirche, Schule und im Spazierhof getrennt sind; c) das sog. Auburnsche[50]) od. New-Yorker System: Gemeinschaft bei Tage, Trennung bei Nacht, auch Schweigsystem genannt, wegen des Sprechverbotes, das den Verkehr der Sträflinge bei der gemeinsamen Arbeit zu verhindern bestimmt ist; c) das sog. irische oder Progressivsystem[51]), seit 1859 in Irland, dann auch in verschiedenen Staaten des Festlandes verwendet, wonach einer Periode der Einzelhaft eine verschieden abgestufte Gemeinschaftshaft folgt, welche den

48) Und zwar im Jahr 1791, worauf 1827 und 1829 zwei neue Anstalten errichtet wurden, die von Europa aus mehrfach besucht wurden. Vgl. Beaumont und Tocqueville, du système pénitentiaire aux états-unis Paris 1833; Julius, Nordamerika's sittliche Zustände Leipzig 1839, 2 Bde. (hauptsächlich Bd. II).

49) U. A. Nürnberg (1868), Heilbronn (1873), Freiburg (1879).

50) Nach einer Strafanstalt zu Auburn bei New-York; vgl. übrigens schon die Strafanstalt zu Gent 1775. Das System wird auch preußisches System genannt, da es in verschiedenen preußischen Anstalten angewandt wurde. Die Zellen können kleiner sein als bei der Einzelhaft; doch fragt sich ob nicht gerade die Ausgabe für sie verhältnißmäßig zu groß ist.

51) Befürwortet ist dasselbe hauptsächlich von v. Holtzendorff, kritische Untersuchungen über den irischen Strafvollzug Berlin 1865, das irische Gefängnißwesen Leipzig 1859. Vgl. auch Zülzer, Gerichtssaal 1871, Beilageheft (der darauf hinweist, daß schon Tellkampf sich dafür ausgesprochen hatte); Tauffer, Erfolge des progressiven Strafvollzugs Berlin 1883. Eingeführt wurde dasselbe in verschiedenen Strafanstalten der Schweiz, auch Ungarns und Kroatiens.

Verurtheilten in allmählichem Uebergange zur Freiheit zurückzuführen bestimmt ist. — Was aber die Beurtheilung dieser Systeme betrifft, so kann kein Zweifel sein, daß allein die Einzelhaft sich als folgerichtige Durchführung der Freiheitsstrafe darstellt[52]), da sie es ist, welche die weitestgehende Einschränkung der Freiheit herbeiführt und überdies die verschlechternde Einwirkung der Sträflinge auf einander verhindert, die als unzertrennlich von der Gemeinschaftshaft erscheint. Dennoch kann nicht die Rede davon sein, die Einzelhaft ausschließlich zu verwenden, da dieselbe für solche Fälle nicht paßt, in denen eine besonders lange Freiheitsstrafe, bezw. schwere, nur in Gemeinschaftshaft durchführbare Zwangsarbeit angemessen erscheint. Im geltenden Recht[53]) ist nur bestimmt (§. 22), daß die Einzelhaft nach Ermessen der Strafanstaltsverwaltung zur Anwendung gebracht werden kann[54]), daß dieselbe aber ohne die Zustimmung des Sträflings nicht über drei Jahre ausgedehnt werden darf[55]). Anders der Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes von 1879, nach welchem alle Freiheitsstrafen zunächst 6 Monate, bezw. 3 Monate in Einzelhaft verbüßt werden sollten.[56]) Doch ist mit Recht gefragt, ob dieser kurzen Zeit der Einzelhaft eine genügende Bedeutung

52) Für die Einzelhaft haben sich u. A. ausgesprochen der deutsche Juristentag und der Verein deutscher Strafanstaltsbeamten (letzterer 1877). Fast ganz durchgeführt ist sie in Holland, Belgien, Schweden und England und zum großen Theil in den vereinigten Staaten.

53) Der in Preußen geführte Streit, ob die Einzelhaft ohne gesetzliche Ermächtigung eingeführt werden durfte, war wohl (gegen v. Holtzendorff) im bejahenden Sinne zu entscheiden. Vgl. Hälschner I S. 596 Anm. 2.

54) Genannt sind nur Zuchthaus und Gefängniß, was eine Anwendung der Einzelhaft auf Festungshaft und Haft ausschließt, nämlich im gesetzlichen Sinne, wonach darunter (vgl. §. 22) eine unausgesetzte und grundsätzliche Absonderung von anderen Gefangenen zu verstehen ist.

55) Der Entwurf hatte (wie früher Baden) 6 Jahr, während in Holland nur zwei, in Schweden nur $1^1/_2$ Jahr genannt sind.

56) Aehnlich der russiche Entwurf, der aber außerdem vorschreibt, daß Gefängnißstrafen bis zu zwei Jahren immer in Einzelhaft verbüßt und alle Sträflinge bei Nacht getrennt werden sollen.

gegenüber der darauffolgenden Gemeinschaftshaft zukommt. Nicht ist im geltenden Recht von einer Kürzung der Freiheitsstrafe im Falle ihrer Verbüßung in Einzelhaft die Rede.[57])

8) Was die Behandlung der Sträflinge betrifft, und zwar zunächst die von ihnen zu leistende Arbeit[58]), so kommt vor Allem das in Betracht, was schon oben über den mit den verschiedenen Arten der Freiheitsstrafe verbundenen oder nicht verbundenen Arbeitszwang gesagt wurde. Sodann aber eine Vorschrift über die Beschäftigung der Sträflinge im Freien[59]), die sowohl bei der Zuchthausstrafe, wie bei der Gefängnißstrafe, als auch in denjenigen Fällen der Haft, in denen ein Arbeitszwang stattfindet, für zulässig erklärt ist, bei der Gefängnißstrafe jedoch nur mit Zustimmung des Sträflings[60]) und in allen Fällen unter der Voraussetzung, daß die Sträflinge von freien Arbeitern getrennt gehalten werden. Reichsgesetzlich bis jetzt nicht geregelt sind die gegen Sträflinge zulässigen Zucht- oder Disciplinarstrafen, hinsichtlich deren deßwegen bis jetzt eine große Verschiedenheit stattfindet[61]). So insbesondere hinsichtlich der körperlichen Züchtigung, die in einigen Staaten für unzuläßig, in anderen für zuläßig erklärt

57) Anders früher Baden und Bayern, jetzt Holland, Belgien, Frankreich, Dänemark, von denen u. a. Bayern Kürzung um ein Drittel, Holland sogar um die Hälfte vorschreibt. Für die Nothwendigkeit einer Kürzung Mittermaier, v. Holtzendorff, Sontag; gegen dieselbe Schütze, Gerichtssaal 1883 S. 89; Hälschner, Strafrecht I, S. 597, Anm. 2. Mit Recht aber hebt Sontag (Zeitschr. für Strafrechtswiss. 1881 S. 521) hervor, daß die Einzelhaft, namentlich für Personen der unteren Stände eine Schärfung enthält.

58) Ortloff, die Beschäftigung in den Gefangenenanstalten Jena 1862; Rommel, Strafanstaltsarbeit Düsseldorf 1870; Strosser, Nothwendigkeit der Gefängnißarbeit Düsseldorf 1877.

59) St.G.B. §. 15 Absatz 2, §. 16 Absatz 3, §. 362 Absatz 1.

60) Anders das Militärstrafgericht (Militär-St.G.B. §. 15 Absatz 2), sofern die Beschäftigung zu militärischen Zwecken und unter militärischer Aufsicht erfolgt.

61) Landesgesetzliche Bestimmungen hierüber sind in Bayern und Württemberg getroffen, wogegen in den meisten Staaten neue Vorschriften der Justizverwaltung in Betracht kommen.

ist.[62]) Und ebensowenig sind reichsgesetzliche Vorschriften über den Verdienst der Sträflinge[63]) und über ihre Verfügungsfähigkeit während der Strafzeit getroffen[64]), Beziehungen, hinsichtlich deren mithin die Vorschriften der Landesgesetzgebung, bezw. der Landesjustizverwaltung, als maßgebend erscheinen[65]) Der im Jahre 1879 dem Bundesrath vorgelegte Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes ist bis jetzt nicht zur Ausführung gelangt.

9) Schärfungen der Freiheitsstrafe, die das frühere Recht in verschiedenem Umfange gekannt hatte[66]), sind dem geltenden Recht, wie schon dem preußischen St.G.B., unbekannt. Doch fragt es sich, ob sie nicht, insbesondere nach Vorbild des militärischen Arrestes, zum Theil wieder eingeführt werden sollten[67]), theils um der Freiheitsstrafe in besonderen Fällen

62) Ersteres in Bayern, Württemberg und Baden, Letzteres u. A. in Preußen. Zugelassen wird die körperliche Züchtigung auch in dem Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes von 1879, aber (wie in Preußen) mit Beschränckung auf männliche Sträflinge, die zur Zuchthausstrafe und zum Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte verurtheilt sind. Gegen die körperliche Züchtigung als Disciplinarmittel in den Strafanstalten (abgesehen von Jugendlichen) der Verein der Strafanstaltsbeamten in seiner Versammlung zu Stuttgart 1877.

63) Wahlberg, Zeitschr. von Grünhut 1884 S. 351 ff., der dem Sträfling ein Recht auf den sog. Ueberverdienst zuspricht, wovon nur in dem Sinne die Rede sein kann, daß es angemessen ist, denselben zu gewähren. Vgl. Tauffer, Beiträge S. 101 ff.

64) Im Code pénal sowie Preußen 1851 war bestimmt, daß der zur Zuchthausstrafe Verurtheilte unter Vormundschaft gestellt werden solle, was im geltenden Rechte hinwegfiel.

65) Ebenso hinsichtlich der leiblichen und geistigen Fürsorge für die Sträflinge, hinsichtlich ihres Verkehrs mit der Außenwelt und hinsichtlich der Strafanstaltsbeamten und des Aufsichtspersonals. In letzterer Beziehung vgl. u. A. v. Holtzendorff, der Brüderorden des rauhen Hauses und sein Wirken in den Strafanstalten Berlin 1862.

66) Außer der körperlichen Züchtigung (insbesondere Willkomm und Abschied) kamen Dunkelarrest, hartes Lager und Schmälerung der Kost zur Anwendung.

67) Dafür Mittelstädt, gegen die Freiheitsstrafen S. 84; Streng, Zellengefängniß Nürnberg S. 89; Hülsen, Gefängnisse in Preußen S. 77; Schütze, Gerichtssaal 1883 S. 89; Janka, österr.

die nöthige Strenge zu sichern, theils weil darnach die Dauer der Freiheitsstrafen im Interesse des Staats und des Sträflings sehr abgekürzt werden könnte.[68])

10) Auch über die Leitung der Strafanstalten hat das Reichsgesetz bis jetzt keine einheitliche Vorschrift getroffen, sodaß dieselben in einigen Staaten der Justizverwaltung[69]), in andern der Verwaltung des Innern[70]), in noch anderen theilweise der einen, theilweise der anderen[71]) unterstellt sind. Die Staatsanwaltschaft, bezw. das Amtsgericht ist Vollstreckungsbehörde nur insofern, als ihr die Bewirkung des Strafantrittes zusteht; auch die dem Beschuldigten zustehende Beschwerde an das Gericht nach §. 490 der St.P.O. ist nicht auf die Einzelheiten des Strafvollzugs zu beziehen.[72])

11) Eine bedeutsame Einrichtung des neueren Rechts ist die sog. vorläufige Entlassung (bedingte Entlassung, Beurlaubungssystem)[73]), die nach dem Vorgange des eng-

Strafrecht S. 186; Schmoelder, die Strafen des St.G.B. S. 55, 61. — Dagegen Wächter, Vorlesungen S. 97; Geyer, v. Holtz. Encyclopädie S. 311.

68) Der Vorschlag der Wiedereinführung einer Strafschärfung (Wasser und Brod) wurde gemacht in dem Entwurf eines Trunkenheitsgesetzes (vgl. oben Seite 191 Anm. 40), das aber nicht zur Durchführung gelangte.

69) So in Bayern und Württemberg, wobei in Württemberg die Verwaltung der Strafanstalten unter ein besonderes „Strafanstaltencollegium" gestellt ist. Ebenso in Belgien.

70) So in Sachsen und Hessen. Ebenso in Frankreich.

71) So in Preußen, wo die Zuchthäuser der Verwaltung des Innern, die Gefängnisse und Haftlocale der Aufsicht der Gerichte und der Justizverwaltung unterstehen. — Vgl. die Resolution des Reichstags vom 4. März 1878, durch welche die Einsetzung einer Reichsbehörde zur Aufsicht über sämmtliche Angelegenheiten der Straf- und Besserungsanstalten verlangt wurde. Der Entwurf von 1879 ertheilt dem Reichskanzler das Recht Auskunft zu fordern und Kommissäre zu senden.

72) Vgl. Olshausen N. 9 zu §. 16, N. 5 zu §. 22.

73) v. Holtzendorff, die Kürzungsfähigkeit der Freiheitsstrafe und die bedingte Entlassung Berlin 1861; v. Schwarze, Gerichtssaal 1863, 1864, 1866, 1867; Spranger, Strafrechtszeitung 1868; Bauer, Stimmen aus Baden Mannheim 1874; Tauffer, Gerichtssaal 1880;

lischen Rechts in einigen deutschen Gesetzen eingeführt wurde und darnach in die Reichsgesetzgebung zur Aufnahme gelangte. Dieselbe besteht darin (St.G.B. §§. 23—26), daß dem Sträfling ein Theil der Strafzeit in der Weise erlassen werden kann, daß derselbe bei guter Führung erlassen bleibt, andern Falls aber nachträgtich vollstreckt wird.[74]) Voraussetzung der Entlassung ist außer der Zustimmung des Sträflings, daß derselbe drei Viertheile der Strafzeit und mindestens ein Jahr verbüßt hat[75]), sowie daß der Sträfling in dieser Zeit sich gut geführt hat[76]). Voraussetzung des Wiederrufs ist, daß der Sträfling sich schlecht führt, oder den ihm auferlegten Verpflichtungen nicht nachkommt. Der Wiederruf ist zulässig bis zu dem Zeitpunkte, zu welchem ohne Entlassung die Strafzeit abgelaufen sein würde. Nicht braucht die Wiedereinlieferung in dieselbe Strafanstalt zu erfolgen; der Beginn der Vollstreckung auch des Strafrestes wird vom Tage der Wiedereinlieferung gerechnet. — Richtig hieran [77]) ist jedenfalls die Möglichkeit einer nachträglichen Kürzung der Freiheitsstrafe, die durch den Zeitablauf in Verbindung mit guter Führung ge-

Gysin, das Begnadigungsrecht in der Schweiz und die bedingte Entlassung Liestal 1881; Gutachten in den Verhandlungen des Juristentags von 1886.

74) Entwurf I hatte die Hälfte. — Angerechnete Untersuchungshaft und im Auslande verbüßte Strafe kommen mit in Betracht.

75) Wonach die Entlassung bei einer jeden, mehr als ein Jahr betragenden Freiheitsstrafe als zulässig erscheint, nicht bloß (so Ortloff, Gerichtssaal 1884 S. 61) bei Freiheitsstrafe von 1 Jahr und 4 Monat.

76) Entwurf II verlangte „Beweise der Besserung".

77) Für diese Einrichtung v. Holtzendorff, v. Schwarze, Tauffer (siehe Anm. 1), auch Wächter, Vorlesungen S. 101; Geyer, Encycl. S. 909; Ekert, v. H. Handbuch IV S. 203 ff.; Streng, Zellengefängniß Nürnberg S. 120 f. (sogar für Ausdehnung auf kürzere Strafen); Willert, Z. für Strafrechtswiss. 1882 S. 496. — Dagegen Bauer, (siehe Anm. 1); Sontag, Z. f. Strafr.wiss. 1881 S. 523 ff.; Hälschner, deutsches Strafrecht I S. 597; v. Hülsen, Gefängnisse in Preußen S. 51.

nügend begründet erscheint[78]). Fraglich aber ist, ob nicht im Uebrigen die Einrichtung sich als zu künstlich und als eine zuweit gehende Abweichung von den Folgerungen der vergeltenden Gerechtigkeit darstellt[79]).

12) Von besonderer Wichtigkeit ist endlich noch die Fürsorge für entlassene Sträflinge, in welcher Beziehung neben der amtlichen Thätigkeit vor Allem auch diejenige der bestehenden Vereine in Betracht kommt.

§. 50 (53).

Die Geldstrafe.[1])

1) Durchschnittlich leichter als die Freiheitsstrafe ist die Strafe am Vermögen, die gedacht werden kann als Einziehung des gesammten Vermögens, als Einziehung eines (aliquoten) Theils des Vermögens, als Geldstrafe und als Einziehung einzelner Gegenstände. Hiervon kommt im geltenden Recht nicht mehr vor die Einziehung (Confiscation) des gesammten Vermögens, die im früheren gemeinen Recht in einzelnen Fällen zur Anwendung gelangte[2]), überall aber in der neueren Gesetzgebung, zum Theil in Verfassungsbestimmungen, auf-

78) Auch vom Standpunct der Vergeltung, da es für diese nicht allein auf das Maß des zu Vergeltenden, sondern auch auf die Qualität desjenigen, an welchem vergolten werden soll, ankommt. Anderer Mg. Sontag, Z. für Strafrechtswiss 1881 S. 525.

79) Insbesondere wird meist als zu selbstverständlich erachtet, daß der Widerruf gerade bis zu dem genannten Zeitpunkt zulässig sein soll.

1) Stooß, zur Natur der Vermögensstrafen Bern 1878; v. Buri, Gerichtssaal 1878; Kronecker, Goltd. Archiv 1879, 1880; Wahlberg, Schriften II S. 231 ff.; Dochow, Rechtslexicon (Geldstrafe).

2) Vgl. aber die Novelle 134 und Art 218 der Carolina, durch welche die Vermögenseinziehung auf die gesetzlich hervorgehobenen Fälle beschränkt wurde, worauf sie in der gemeinrechtlichen Praxis meist nur noch beim crimen majestatis verhängt wurde. Wächter, Lehrbuch I S. 181 ff.; Gonzenbach, Zeitschrift für deutsches Recht 1857 S. 250 ff.

gehoben wurde[3]). Der Grund ihrer Beseitigung liegt neben der Rücksicht auf die Existenz des Beschuldigten und seiner Angehörigen wohl auch darin, den Staat nicht allzu sehr in fiscalischer Weise an der Strafrechtspflege zu betheiligen. Nicht bekannt dem geltenden Recht ist aber auch die Einziehung eines (aliquoten) Theils des Vermögens, der hauptsächlich nur die unverhältnißmäßige Schwierigkeit ihrer Durchführung entgegensteht[3a]). Nur als Nebenstrafe endlich wird die Einziehung einzelner Gegenstände verwendet, sodaß die einzige am Vermögen sich vollziehende Hauptstrafe die Geldstrafe bildet, d. h. die Verurtheilung des Schuldigen, eine bestimmte Summe zur Strafe zu zahlen.

2) Dieselbe, im früheren Recht wie noch jetzt in einigen strafrechtlichen Nebengesetzen, als Geldbuße bezeichnet[4]), ist in verschiedener Weise gedroht, theils nämlich ausschließlich, theils alternativ[5]) oder cumulativ mit der Geldstrafe, welches Letztere wiederum theils in obligatorischer, theils in facultativer Weise der Fall ist[6]). Was die Zahl der Fälle betrifft, in welchen die Geldstrafe gedroht ist, so könnte dieselbe, namentlich in der Form cumulativer Androhung, erheblich größer sein, als im geltenden Rechte der Fall ist.[7])

3) In Frankreich und Bayern noch nicht durch die betreffenden Strafgesetzbücher, sondern durch besondere Gesetze von 1874 und 1878. Im preußischen Entwurf von 1847 war die Vermögenseinziehung noch für Hochverrath, Landesverrath und Verletzung der Wehrpflicht gedroht, woran im jetzigen Recht nur noch die bei Hochverrath und Landesverrath zulässige Vermögensbeschlagnahme (St.G.B. §. 93) erinnert. In England ist die Vermögensconfiscation erst 1870 beseitigt.

3a) Für ihre Wiedereinführung, bezw. für Berechnung der Vermögensstrafe nach Procenten des Vermögens Kronecker, Goltd. Archiv 1879 S. 87 f.

4) Ein Ausdruck, der jetzt (vgl unten) etwas Anderes bedeutet.

5) Nach dem Militär-St.G.B. §. 29 soll in diesen Fällen, wenn es sich um eine Verletzung der Dienstpflicht handelt, stets auf Freiheitsstrafe erkannt werden. Umgekehrt Sachsen 1855, nach welchem gegen Beamte in solchen Fällen gerade auf Geldstrafe erkannt wurde.

6) Obligatorisch St.G.B. §, 264, 265, 349; facultativ §§. 140, 150, 263, 266, 268, 272, 273, 274, 284, 290.

7) Vgl. H. Meyer, das norddeutsche Strafrecht S. 23 f.; Geyer,

3) Was die Höhe der Geldstrafe betrifft, so ist abweichend von den Freiheitsstrafen nur für den Mindestbetrag derselben eine allgemeine Vorschrift gegeben, und zwar dahin (St.G.B. §. 29), daß derselbe bei Verbrechen und Vergehen in drei Mark, bei Uebertretungen in einer Mark bestehen soll[8]), wogegen hinsichtlich des Höchstbetrags nur die einzelne Strafvorschrift in Betracht kommt.[9]) In einzelnen Fällen ist die Geldstrafe als das Mehrfache eines bestimmten Betrages, z. B. der hinterzogenen Zoll- oder Steuersumme, bestimmt[10]), wobei aber in mehreren Fällen außerdem ein bestimmter Mindestbetrag genannt ist.[11]) Nicht nöthig ist, daß die Geldstrafe bei Verbrechen und Vergehen stets durch die Zahl drei (vgl. die obige Angabe über das Mindestmaß) müsse getheilt werden können.

4) Auch die Geldstrafe ist nicht etwa eine auf dem Ver-

Z. von Grünhut 1876 S. 207; Mittelstädt, gegen die Freiheitsstrafen S. 86; Kronecker, Goltd. Archiv 1879 S. 89 f. Anderer Meinung Geyer, v. H. Encycl. S. 909; v. Liszt, Lehrb. S. 249 f. Viel mehr Gebrauch von der Geldstrafe machen ausländische, insbesondere amerikanische Gesetze, in denen u. A. Geldstrafe (neben Freiheitsstrafe) auch beim Zweikampf gedroht ist. Vgl. u. A. auch das japanesische St.G.B. (S. Mayer, Goltd. Archiv 1882 S. 48).

8) Auch für Uebertretungen ist dasselbe auf drei Mark bestimmt im Postgesetz von 1871 §. 27, sowie in der Gewerbe-Ordnung §. 146; vgl. Reichsgericht I 16. März 1882. Auch bei Verbrechen und Vergehen kann auf weniger als drei Mark erkannt werden im Falle von Versuch und Beihülfe; vgl. auch die Möglichkeit einer Strafanrechnung (siehe unten).

9) Als Maximum der Geldstrafe waren ursprünglich nur 6000 Mark gedroht (§. 284), wozu aber in den sog. Wucherparagraphen (§. 302 d) eine erheblich höhere Geldstrafe (15 000 Mk.) hinzukam. Vgl. auch das Actiengesetz von 1884 Art. 249 ff., das bis zu 20 000 Mk. hinaufgeht.

10) So in den Zoll- und Steuergesetzen des Reichs und der Einzelstaaten; ferner im Postgesetz, in der Seemanns-Ordnung und den (landesrechtlichen) Forststrafgesetzen.

11) So in dem Bankgesetz, in welchem die Strafe auf das Zehnfache, mindestens aber auf 5000 Mark, ferner in dem Gesetz über die Ausgabe von Banknoten, in welchem die Strafe auf das Vierfache, mindestens aber auf 1000 Mark bestimmt ist.

Vermögen des Verurtheilten lastende Civilschuld[12]), sondern eine wirkliche Strafe, woraus sich folgende, im geltenden Recht theilweise verläugnete, Grundsätze ergeben:

a) Von einer Geldstrafe sind keine Verzugszinsen zu zahlen[13]);

b) Das Gericht ist weder verpflichtet noch berechtigt, die Zahlung der Geldstrafe von einem Dritten anzunehmen[14]). Ja, es ist in der Zahlung der Geldstrafe für einen Anderen unter Umständen (siehe oben Seite 305) sogar eine Begünstigung zu finden. Auch ist die öffentliche Aufforderung zur Aufbringung von Geldstrafen unter Strafe gestellt (Prozeßgesetz §. 16);

c) Der wegen Theilnahme an einem Delicte zur Geldstrafe Verurtheilte haftet nur für die ihm selbst, nicht auch (solidarisch) für die von den übrigen Theilnehmern auferlegte Strafe[15]);

d) Die Vollstreckung der Geldstrafe sollte nicht nach den Vorschriften der Civilproceß-Ordnung erfolgen, wie dies im geltenden Rechte (Strafproceß-Ordnung §. 495) bestimmt ist, wonach die Vollstreckung durch den Gerichtsvollzieher zu geschehen hat und die erfolgte Pfändung einen Vorzug vor den Civilansprüchen begründet[16]). Doch ist bestimmt, daß die Geldstrafe nicht im Konkurs geltend gemacht werden könne[17]);

12) Auch nicht, wie von den Strafen der Zoll- und Steuergesetze gesagt ist, eine „öffentlich rechtliche Conventionalstrafe“ (so die Motive zu dem russischen St.G.B.).

13) Anders u. A. das altgriechische Recht, in welchem die Geldstrafe nach einem Jahre sich verdoppelte; K. Fr. Hermann, Grundsätze des Strafrechts im griechischen Alterthum (Abhandlungen der Gesellschaft der Wissenschaften Göttingen 1856 S. 316).

14) Die Rechtsprechung schwankt. Richtig Stooß, Natur der Vermögensstrafen S. 7 ff.; Kronecker, Gold. Archiv 1880 S. 11 ff.

15) Wovon jedoch in Nebengesetzen Ausnahmen gemacht sind; vgl. die noch zu erwähnende Haftbarkeit dritter Personen.

16) Hiergegen Kronecker, Goltd. Archiv 1880 S. 12 ff.

17) Konkursordnung §. 56 Nr. 3.

e) Grundsätzlich genommen unrichtig ist die Haftung dritter Personen für Geldstrafen, welche das geltende Recht unter Umständen auferlegt (siehe oben Seite 7);

f) Auch die rechtskräftig erkannte Geldstrafe sollte nicht in den Nachlaß des inzwischen verstorbenen Schuldigen vollstreckt werden. Siehe jedoch St.G.B. §. 30 und oben S. 377 f., eine Ausnahme, die nicht auch auf den Fall der nachträglich eingetretenen Geisteskrankheit des Schuldigen zu beziehen ist[18];

g) Als unangemessen muß die Abwendung der Verurtheilung durch Erlegung des Höchstbetrages gelten, welche in ausländischen Gesetzen[19] für zulässig erklärt ist.

5) Soweit im Gesetze nichts Besonderes bestimmt ist,[20] fließt die Geldstrafe in die Kasse desjenigen Staates, dessen Gericht in erster Instanz erkannt hat[21], unter Umständen also in die Kasse des Reichs, wenn nämlich von einem Konsulargericht oder (ausnahmsweise) vom Reichsgericht selbst in erster Instanz auf Geldstrafe erkannt ist.

18) Obwohl in den §§. 485 und 487 ausdrücklich nur von dem Strafaufschub wegen Geisteskrankheit bei Todesstrafe und Freiheitsstrafe die Rede ist.

19) Vgl. das holländische St.G.B. Art. 74 sowie den russischen Entwurf (Motive zu demselben S. 243).

20) Vgl. aber derartige Bestimmungen im Postgesetz von 1871 (wo die Postarmen- und Unterstützungskasse), im Personenstandsgesetz von 1875 (wo die Kasse der betreffenden Gemeinde), im Nahrungsmittelgesetz von 1879 (wo diej. Kasse, welcher die Unterhaltung der Untersuchungsanstalt obliegt), in der Seemannsordnung von 1872 (wo die Seemannskasse, bezw. die Ortsarmenkasse des Heimathshafens), in der Gewerbeordnung von 1869 (wo die Kranken- und Hülfskasse genannt ist). — Im preuß. Forststrafgesetz ist (außer wenn die Geldstrafe neben Gefängniß erkannt ist) die Kasse des Beschädigten genannt; vgl. oben Seite 13 Anm. 46.

21) Bezw. von dessen Behörde der betreffende Strafbefehl, Strafverfügung oder Strafbescheid erlassen wurde. Anders Oesterreich 1852 (Art. 241), wo die Geldstrafe der Regel nach der Armenkasse desjenigen Ortes, an welchem das Delict begangen wurde, anheimfällt.

6) Von der Geldstrafe verschieden ist die sog. Buße (oder Geldbuße)[22], die bei einigen Delictsarten dem Verletzten zuerkannt werden kann, die sich aber überhaupt nicht als Strafe sondern als Schadensersatz und nur als Schadensersatz[23]), wenn auch nicht nothwendig als Ersatz eines Vermögensschadens und noch weniger eines schon entstandenen Schadens darstellt.

a) Jene Delicte sind nach dem St.G.B. selbst nur Beleidigung und Körperverletzung, erstere aber nicht im Falle der formellen Beleidigung, sondern nur im Falle der üblen Nachrede (§. 186), und der verleumderischen Beleidigung (§. 187), letztere auch dann, wenn sie von einem andern Delicte umfaßt wird[24]), bezw. als erschwerender Umstand eines anderen Delictes erscheint[25]). Außerdem, nach Nebengesetzen, die Verletzung des Urheberrechts, des Markenschutzes und des Patentrechts[26]). Eingeschlossen ist der Fall der Fahrlässigkeit[27]), sowie der Fall des idealen Zusammentreffens eines solchen Delicts mit einem andern[28]). Eingeschlossen

22) Wächter, die Buße Leipzig 1874; Dochow, die Buße Jena 1875; Schwarze, Gerichtssaal 1872; Stenglein, das. 1872; Herzog, das. 1875, 1877; Sontag, krit. Viertelj.schr. 1875, 1876; Schlayer, Goltd. Archiv 1876; Mandry, civilr. Inhalt der Reichsgesetze 3. Aufl. S. 425 ff.

23) Anderer Mg. Wächter, Herzog, Schütze, Schwarze, Oppenhoff, v. Liszt, Stooß (Vermögensstrafe S. 27 ff.), Menzel (Privatklage S. 12, 15), welche die Buße theils als Strafe, theils als Schadensersatz und Strafe ansehen. — Richtig Dochow, Sontag, Geyer (Grundriß I S. 154 ff.), Binding (Grundriß 3. Aufl. S. 159 ff.), Kronecker (Goltd. Archiv 1879 S. 97 ff.).

24) Vgl. St.G.B. §§. 94 ff., 104, 164, 207, 229 Absatz 2, 331, 340; Reichsgericht II 22 Mai 1885.

25) Anderer Mg. in letzterer Hinsicht v. Liszt, Lehrbuch S. 261. Richtig Wächter, Buße S. 50 ff.

26) Vgl. das Urhebergesetz von 1870 §§. 18, 43, 45; die Urhebergesetze von 1876 §. 16, bezw. § 9, bezw. §. 14; das Markenschutzgesetz von 1874 §. 15; das Patentgesetz von 1877 §. 36.

27) Bei der Beleidigung nach §. 186 ergiebt sich dies von selbst.

28) Und zwar auch dann, wenn jenes Delict das leichtere sein sollte (vgl. unten die Lehre von dem Zusammentreffen).

ferner der Fall der Theilnahme[29]), nicht aber der Fall des Versuches[30]), es sei denn, daß schon durch den Versuch selbst der Thatbestand eines derartigen Delictes erfüllt ist.

b) Die Höhe der Buße ist nach dem St.G.B. selbst im Höchstbetrag 6000 Mark, ebenso nach den Urhebergesetzen, wogegen im Markenschutzgesetz 8000 M. und im Patentgesetz 10000 M. genannt sind. Dabei hat der Richter Rücksicht zu nehmen auf das, was der Thäter etwa schon an den Verletzten gezahlt hat[31]). Ausgeschlossen ist die Geltendmachung eines weitergehenden Schadensanspruchs vor dem Civilgericht[32]).

c) Voraussetzung ist nur bei der Beleidigung (§. 188), daß „nachtheilige Folgen für die Vermögensverhältnisse, den Erwerb oder das Fortkommen" des Verletzten entstanden, wogegen im Uebrigen die Verletzung als solche genügt.

d) Theilnehmer haften als Gesammtschuldner, was in den übrigen Fällen ausdrücklich gesagt ist, aber auch für die Beleidigung anzunehmen ist, für welche der Zusatz als selbstverständlich angesehen wurde. Nicht nöthig ist, daß zunächst der Antheil des Einzelnen bestimmt wird[33]).

e) Voraussetzung ist ferner das Verlangen des Verletzten welches nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß der Verletzte schon eine theilweise Entschädigung annahm[34]). Dasselbe kann nicht auch von den Erben oder Rechtsnachfolgern des Verletzten erhoben oder fortgesetzt werden.

f) Das Verlangen der Buße verjährt nach den Vorschriften des Civilrechts, kann jedoch nur innerhalb der strafrechtlichen Verjährung geltend gemacht werden; die Buße ist ferner

29) Anderer Mg. hinsichtlich der Beihülfe Wächter, die Buße S. 48 ff.; Binding, Grundriß 3. Aufl. S. 161.

30) Anderer Mg. Stooß, Vermögensstrafen S. 28; v. Liszt, Lehrbuch S. 261.

31) Reichsgericht I 29. Nov. 1883.

32) St.G.B. §. 188 Absatz 2, §. 231 Absatz 2. Anders die Entwürfe; die Aenderung erfolgte im Reichstage.

33) Anderer Mg. Wächter, Dochow, Herzog, Oppenhoff; richtig Hälschner I S. 603 Anm. 5.

34) Reichsgericht II, 6. Juli 1883.

unzugänglich der Begnadigung, abgesehen davon, daß mit der Niederschlagung des Verfahrens auch das Verlangen der Buße hinwegfällt.

g) Eingezogen wird die Buße nach den Vorschriften der Civil-P.O., da auch in dieser Beziehung die Bestimmung der St.P.O. §. 495 in Betracht kommt.

h) Der Buße verwandt ist das Schmerzensgeld, auf das schon nach früherem Recht[35]) neben der Strafe erkannt werden konnte, das nun aber, soweit das Gebiet der Buße reicht, in Wegfall gebracht ist.

§. 51 (56).

Der Verweis[1]).

1) Die leichteste unter den Hauptstrafen des geltenden Rechts ist der Verweis, d. h. die dem Schuldigen gerichtlich erklärte Mißbilligung seines Verhaltens.

2) Derselbe, im früheren Recht in größerem Umfange verwendet[2]), kommt im geltenden Recht nur in der Anwendung gegen jugendliche Personen vor und zwar in der Art, daß bei Vergehen und Uebertretungen in besonders leichten Fällen die Zuerkennung eines Verweises für zulässig erklärt ist (§. 57 Nr. 4).

3) Auch der Verweis ist Strafe[3]), wenn auch nur in dem Sinne, daß jene Mißbilligung seines Verhaltens als ein über

35) So gemeinrechtlich und nach dem preußischen Landrecht, in welchem aber das Verlangen eines Schmerzensgeldes auf Personen des „Bauern- und niederen Bürgerstandes“ beschränkt war.

1) Schwarze, Archiv 1853; Kayser, Strafrechtszeitung 1871; Dochow, Gerichtssaal 1871 (Rechtslexicon, Verweis); Baumert, Zurechnungsfähigkeit jugendlicher Personen S. 50 ff.

2) So gemeinrechtlich auf Grund römischer Stellen; vgl. Kayser S. 186 ff. Ferner nach dem preuß. Landrecht, Bayern 1813, Hannover 1840, Braunschweig 1840, Hessen-D. 1841, Baden 1845, Thüringen 1850, Oesterreich 1852, Sachsen 1855 und 1868. Nicht in Preußen 1851, Württemberg 1839, Bayern 1861.

3) Anderer Mg. Kayser S. 193 f.; Loening, Grundriß S. 55. Vgl. oben Seite 47. — Etwas Anderes ist, ob er als eine angemessene Strafe erscheint. Dafür Wächter, Vorlesungen S. 102;

den Thäter verhängter Nachtheil erscheint. Da aber nicht jede strafbare Handlung auch sittlich verwerflich erscheint, sollte er nur da angewandt werden, wo die Handlung zugleich auch als sittlich unzulässig erscheint.

4) Da aber der Verweis eine Strafe ist, so kann er

a) nicht vor der Rechtskraft des Urtheils ertheilt werden, in Verbindung mit der Urtheilsverkündung also nur dann, wenn beide Theile auf die Einlegung eines Rechtsmittels verzichten (St.P.O. §. 481);

b) Subject der Vollstreckung ist die Staatsanwaltschaft, nur in schöffengerichtlichen Fällen (vgl. St.P.O. §. 483) möglicherweise das Gericht[4]);

c) Der Verweis kann mündlich oder schriftlich[5]), in Anwesenheit oder Abwesenheit des Verurtheilten ertheilt werden;

d) Auch die Verurtheilung zu einem Verweis begründet Rückfall (siehe unten die Lehre vom Rückfall);

e) Ueber die Verjährung der Strafe des Verweises siehe oben Seite 382 Anm. 25;

5) Eine Ergänzung der unvollständigen Vorschriften des Reichsrechts über die Vollstreckung des Verweises durch Landesrecht ist als zulässig zu betrachten.[6]) Nicht aber ist die Landesgesetzgebung verpflichtet, auch ihrerseits den Verweis als Strafmittel zu verwenden.[7])

v. Holtzendorff, Strafrechtszeitung 1864 S. 652; Schmölder, die Strafen des St.G.B. S. 46 f. Dagegen Geyer, v. H. Encycl. S. 911; Z. v. Grünhut 1875 S. 372; Sontag, Z. für Strafr.wiss. 1881 S. 499.

4) Anderer Mg. Binding, Grundriß 3. Aufl. S. 152. Richtig Loewe, Strafprozeßordnung 3. Aufl. S. 776; Tinsch, Staatsanwaltschaft S. 182; v. Liszt, Lehrbuch S. 251; Dochow, Rechtslexicon (Verweis).

5) Ausdrücklich gesagt im Einf.G. für Elsaß-Lothringen.

6) Ja, es sind die Vorschriften des älteren Landesrechts über die Vollstreckung des Verweises insoweit (und soweit sie nicht aufgehoben sind) als fortgeltend zu betrachten.

7) Derselbe kommt z. B. nicht vor im preußischen Forstdiebstahlgesetz von 1878 und dem württembergischen Forststrafgesetz von 1879.

Zweites Kapitel.

Die Nebenstrafen.

§. 52 (57).

Nebenstrafen an der Freiheit.[1])

1) Es gehört hierhin die sog. Ueberweisung an die Landespolizeibehörde (St.G.B. §. 362 Absatz 2), d. h. die Ertheilung der Befugniß an die Polizeibehörde, nach verbüßter Strafe den Verurtheilten zu Arbeitszwecken zu verwenden, eine Befugniß, welche im älteren Recht der Polizeibehörde auch ohne gerichtliches Erkenntniß zustand[2]), schon in den meisten neueren Gesetzen[3]) aber an die Voraussetzung eines solchen geknüpft war. Auch ist die Ueberweisung nach dem geltenden Recht zulässig nur in bestimmten Fällen, nämlich bei gewissen Uebertretungen[4]), bei denen eine sichernde und bessernde Einwirkung besonders nothwendig erschien. Doch ist in neuester Zeit vorgeschlagen, der Einrichtung eine

1) Triest, Gerichtssaal 1857, Anhang III zu den Motiven; Schwarze, Gerichtssaal 1872; v. Holtzendorff, Rechtslexicon (Arbeitshaus); Berner, Gerichtssaal 1881 S. 321 ff.

2) Vergleiche die Verwendung der oben (Seite 96) erwähnten Zucht-, Arbeits- und Spinnhäuser.

3) Nicht in den beiden Mecklenburg und Hamburg, wo die Aenderung erst durch das Reichs-St G.B. bewirkt wurde. Wohl nach einem preuß. Gesetz vom 6. Febr. 1843 und Preußen 1851.

4) St.G.B. §. 361 Nr. 3—8: Landstreicherei, Bettelei, verschuldete Unterstützungsbedürftigkeit, gewerbsmäßige Unzucht, Arbeitsscheu, verschuldete Obdachlosigkeit, wobei aber hinsichtlich der Bettelei mehrfache Verurtheilung (in den letzten drei Jahren) oder qualificirte Verübung (durch Drohung oder unter Führung von Waffen) verlangt wird.

weitere Ausdehnung, nämlich auf mehrfach Rückfällige zu geben[5]), deren Entlassung als gefährlich oder unnöthig erscheint. Als Behörde, in deren Hand diese Maßregel gelegt ist, ist im geltenden Rechte die Landespolizeibehörde genannt, worunter die der Ortsbehörde mittelbar oder unmittelbar vorgesetzte Behörde zu verstehen ist[6]). Die Befugniß derselben geht des Näheren dahin, den Betreffenden zu gemeinnützigen Arbeiten zu verwenden oder in einem Arbeitshause unterzubringen, was bis zu einer Dauer von zwei Jahren geschehen kann.

2) Die sog. Zulässigkeit von Polizeiaufsicht (St.-G.B. §§. 38, 39), d. h. die der Polizeibehörde ertheilte Ermächtigung, den Verurtheilten nach verbüßter Strafe gewissen Beschränkungen zu unterwerfen, eine Befugniß, welche im älteren Recht ebenfalls von einer Verurtheilung unabhängig war, schon nach den meisten neueren Gesetzen[7]) aber an ein gerichtliches Erkenntniß geknüpft war. Die Fälle, in denen diese Nebenstrafe für zulässig erklärt ist, sind theils im St.G.B., theils in Nebengesetzen enthalten.[8]) Mitumfaßt sind Versuch und Theilnahme. Ausgeschlossen ist die Verhängung der Maßregel in der Be-

5) Vgl. Sichart, Rückfälligkeit S. 36; Mittelstädt, gegen die Freiheitsstrafen S. 71; Starke, Verbrechen und Verbrecher S. 230; Schwarze, für die Freiheitsstrafe S. 47; Sontag, Z. für Strafrechtswiss. 1881 S. 503; Schmölder, Strafen S. 44 ff. Vgl. auch v. Liszt, Zeitschr. 1883 S. 36 ff. — Vgl. schon die preußische sog. Circularverordnung über den Diebstahl von 1799 und das neue französische Gesetz über die Versendung Rückfälliger in die Kolonieen (vgl. oben Seite 409 Anm. 8).

6) Wonach u. A. in Preußen der Landrath, in Württemberg aber nicht der Oberamtmann, sondern die Kreisregierung genannt ist. Eine Uebertragung an die Ortspolizeibehörde muß als unzulässig erscheinen.

7) So nach einem französischen Gesetz vom Jahre VIII und dem Code pénal von 1810, der durch Vorschriften von 1832 und 1874 abgeändert und ergänzt ist.

8) St.G.B. §§. 49a, 115 Absatz 2, 116 Absatz 2, 122 Absatz 3, 125, 146, 147, 180, 181, 248, 262, 294, 325. Von Nebengesetzen Nahrungsmittelgesetz §. 13; Sprengstoffgesetz §. 11. Für Ausdehnung der Maßregel die Versammlung der Strafanstaltsbeamten in Bremen 1880; Sontag, Z. für Strafrechtswiss. 1881 S 527.

gnadigungsinstanz, wenn die Verurtheilung wegen eines Delicts bei welchem dieselbe nicht gedroht ist, erfolgte. Als Behörde, in deren Hand die Anordnung der Polizeiaufsicht gelegt ist, erscheint hier die höhere Landespolizeibehörde[9]), die nicht zu einer Uebertragung dieser Anordnung an eine untergeordnete Behörde befugt ist. Die Zuständigkeit der Behörde bestimmt sich durch den Wohnsitz des Verurtheilten nach der Strafverbüßung. Die Beschränkungen selbst aber gehen dahin a) daß dem Verurtheilten der Aufenthalt an einzelnen Orten untersagt werden kann, was nicht nur auf Ortschaften, sondern auch auf Theile einer Ortschaft und auf bestimmte Locale zu beziehen ist[10]), und wovon eine Ausnahme auch nicht für den Heimathsort des Verurtheilten gemacht ist[11]). Nicht aber darf der Aufenthalt an so vielen Orten untersagt werden, daß der Verurtheilte in Wahrheit auf einen bestimmten Ort beschränkt (internirt) ist[12]); b) daß Haussuchungen und überhaupt Durchsuchungen bei dem Verurtheilten nicht denjenigen, insbesondere zeitlichen Beschränkungen unterliegen, welche in dieser Beziehung im Allgemeinen (St.P.O. §§. 103, 104, 106) gesetzt sind; c) daß die Untersuchungshaft gegen denselben in weiterem Umfange als sonst als zulässig erscheint (St.P.O. §. 113); d) daß der Verurtheilte gewissen gewerblichen Beschränkungen unterliegt (Gewerbeordnung §§. 43, 57, 62; Pressgesetz §§. 4, 5). — Die Dauer, bis zu welcher die Polizeiaufsicht angeordnet werden kann, ist fünf Jahre, ein Zeitraum, der auch auf die Anordnung selbst zu beziehen ist, jedoch so, daß die Maßregel stets nur für den Rest der fünf Jahre zulässig ist, daß aber innerhalb dieser Zeit auch eine Verlängerung, sowie eine Abkürzung der Maßregel als zulässig erscheint. Eine Mit-

9) In Preußen die Regierung, in Württemberg die Kreisregierung.

10) Anders Preußen 1851 (trotz gleichen Wortlauts).

11) Anderer Mg. Berner, Gerichtssaal 1881 S. 349; Hälschner, I S. 627. Richtig Olshausen, N. 2 zu §. 39. Anders allerdings Oesterreich 1852, welches die „Zuständigkeitsgemeinde“ ausnimmt.

12) Anders das französiche Gesetz von 1874, wonach dem Verurtheilten eventuell ein bestimmter Aufenthalt angewiesen werden kann, den der Betreffende nur nach sechs Monaten zu wechseln befugt ist.

theilung der Anordnung an den Verurtheilten ist im geltenden Recht nicht als nothwendig zu betrachten. Ueber Zuwiderhandlungen gegen die auferlegten Beschränkungen vgl. St G.B. §. 361 Nr. 1.

3) die Zulässigkeit der Einschränkung des Aufenthalts (noch unabhängig von der Polizeiaufsicht), die aber nur in einem Falle, und in diesem Falle unter Beschränkung auf Bezirke und Ortschaften, gedroht ist[13]); vgl. Socialistengesetz §. 22.

4) die Ausweisung aus dem Reichsgebiet („Bundesgebiet"), die aber gegen Inländer nur als polizeiliche Maßregel (vgl. oben Seite 408) und nur gegen Ausländer als Strafmittel, und zwar in folgenden Fällen vorkommt: a) wenn gegen einen Ausländer auf Ueberweisung an die Landespolizeibehörde erkannt ist (St.G.B. §. 362 Absatz 3); b) wenn gegen einen solchen auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt ist (St.G.B. §. 39 Nr. 2), wobei der für die Polizeiaufsicht bestimmte Zeitraum von fünf Jahren auch als zeitliche Grenze der Ausweisung in Betracht kommt[14]); c) im Falle der Verurtheilung nach §. 284 (gewerbsmäßiges Glücksspiel); d) im Falle der Verurtheilung wegen Agitation nach dem Socialistengesetz §. 22. — Unter besondere Strafe gestellt ist die unbefugte Rückkehr, die nach allgemeiner Vorschrift (St.G.B. §. 361 Nr. 2) mit Haft bis zu sechs Wochen, nach dem Socialistengesetz (§. 22 Absatz 3) mit Gefängniß (von einem Monat bis zu einem Jahr) bestraft wird;

5) die Beschränkung des Hausrechts, die in einem Falle, nämlich im Nahrungsmittelgesetz von 1879 (§§. 10, 12, 13) insofern gedroht wird, als der Polizeibehörde das Recht zu Nachforschungen in den Räumlichkeiten des Verurtheilten ertheilt ist.

13) Ausdrücklich genannt ist in diesem Falle auch der Wohnsitz, doch nur wenn der Beschuldigte denselben noch nicht sechs Monate inne hat.

14) Anderer Mg. das Reichskanzleramt (vgl. Olshausen, N. 4 zu §. 39). Richtig Olshausen (daselbst).

§. 53 (58).

Nebenstrafen an der Rechtsfähigkeit.[1])

1) Strafen an der Rechtsfähigkeit kommen im geltenden Recht nicht vor in der Form des bürgerlichen Todes oder gar in Form der Friedlosigkeit (siehe oben Seite 74, 79), sondern nur in der Form, daß dem Schuldigen bestimmte Rechte aberkannt werden, und zwar wesentlich Rechte öffentlichrechtlicher Natur, da man im neueren Recht[2]) die privatrechtliche, wenigstens die vermögensrechtliche Seite der Persönlichkeit als unabhängig von der rechtlichen Unbescholtenheit der Person ansieht[3]). Dabei ist nicht in allen Fällen der Begriff der Ehre betheiligt, vielmehr finden sich unter den zur Strafe entzogenen Rechten theils solche, deren Ausübung an die Ehrenhaftigkeit der Person geknüpft ist, theils aber auch solche, die[4]) aus anderen Gründen mit der Begehung gewisser Delicte, bezw. der Verurtheilung zu gewissen Strafen unvereinbar erscheinen. Zu eng also ist es, wenn man die zur Strafe erfolgenden Minderungen der Rechtsfähigkeit sämmtlich als die Entziehung von „Ehrenrechten" bezeichnet.[5]) Unge-

1) Marezoll, die bürgerliche Ehre Giessen 1824; Mayer, die Wahlrechte des Verurtheilten Tübingen 1833; Birnbaum, Archiv 1844; v. Wieck Ehrenstrafen Rostock 1845, Archiv 1851; Nöllner, das Verhältniß der Strafgesetzgebung zur Ehre der Staatsbürger Frankfurt a. M. 1846; Wahlberg, Ehrenfolgen Wien 1864, v. Holtz. Handb. II S. 500 ff.; Zugschwerdt, Schärfungen der Freiheitsstrafe Wien 1865; Osenbrüggen, die Ehre im Spiegel der Zeit Berlin 1872; Groß, Ehrenfolgen Graz 1874; Glaser, Schriften S. 165 ff.; Mandry, civilrechtl. Inhalt 3. Aufl. S. 77 ff.

2) So auch nach dem österr. Gesetz vom 15. November 1867, durch welches die Vorschriften des St.G.B. von 1852 über den Verlust von Rechten beseitigt wurden.

3) So auch die Befugniß letztwillig zu verfügen und letztwillig bedacht zu werden, eine Befugniß, deren Verlust (die sog. Intestabilität) dem römischen Recht bekannt war, aus demselben aber schon nicht in das frühere gemeine Recht überging und auch in den neueren Gesetzen nicht vorkommt.

4) Wie z. B. die Befugniß zu bestimmten Arten des Gewerbebetriebs.

5) Ganz abgesehen davon, daß man unter Ehrenrechten zunächst etwas ganz Anderes, nämlich rechtliche Auszeichnungen versteht.

eignet wäre es, jene Rechtsminderungen nicht als Strafe, sondern nur als Rechtsfolgen des Delictes für das betreffende Verhältniß behandeln zu wollen[6]), da ihnen jedenfalls auch die Eigenschaft einer Strafe zukommt.

2) Am Umfassendsten ist der sog. Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte[7]) (St.G.B. §§. 32—34), entsprechend der infamia des römischen und des früheren gemeinen Rechts[8]) und gleich dieser vorzugsweise in dem Verlust der Fähigkeit an öffentlichen Angelegenheiten theilzunehmen (also des jus suffragii et honorum) bestehend.

a) Im Einzelnen gehen durch denselben verloren (§. 34): das Recht in öffentlichen Angelegenheiten[9]) zu stimmen, zu wählen oder gewählt zu werden oder andere politische Rechte auszuüben (das sog. active und passive Wahlrecht); das Recht öffentliche Aemter[10]) zu erlangen; das Recht im deutschen Heere oder der kaiserlichen Marine zu dienen[11]); die Fähigkeit Vormund, Pfleger oder Mitglied eines Familienrathes zu

6) Anderer Mg. Christiansen, Qualität u. Quantität der Strafe S. 28; John, Entwurf S. 128; Fulda, Gefängnißverbesserung S. 53. Richtig Hälschner, Beurtheilung des Entwurfs S. 6, Strafrecht I S. 615, 618.

7) Französisch dégradation civique; im früheren preußischen Rechte wurde zwischen dem (lebenslänglichen) „Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, und der (zeitlichen) „Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte“ unterschieden.

8) Viel weiter ging das ältere deutsche Recht, dessen „Ehrlosigkeit“ und „Rechtlosigkeit“ auch die privatrechtliche Rechtsfähigkeit berührte, wovon übrigens Einiges auch in die gemeinrechtlich recipirte infamia aufgenommen wurde, so die Unfähigkeit zur Zunftmitgliedschaft und der Verlust des Lehns.

9) Ob dahin auch kirchliche Angelegenheiten gehören, richtet sich nach Landesrecht, ist aber hiernach in den meisten deutschen Staaten zu bejahen.

10) Einschließlich des Notariats sowie des Geschworenen- und Schöffendienstes, die durch positive Bestimmung (St.G.B. §. 31) zu öffentlichen Aemtern erklärt sind, während weder Notare, noch Geschworne und Schöffen als „Beamte“ erscheinen (vgl. St.G.B. §. 359).

11) Abgesehen von Unterofficieren und Gemeinen im activen Militärdienst, die, wenn der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte nicht drei Jahre übersteigt, nur in die zweite Klasse des Soldatenstandes versetzt werden (Mil.G.B. §§. 31, 37, 42).

sein[12]); die Fähigkeit Zeuge bei der Aufnahme von Urkunden zu sein; die Befugniß die Landeskokarde[13]) zu tragen; die Fähigkeit öffentliche Auszeichnungen zu erlangen[14]) wozu nach Nebengesetzen noch einige andere Beschränkungen hinzukommen[15]). Nicht gehört hierhin die Fähigkeit eidlich vernommen zu werden, die nach einigen Landesgesetzen[16]), und nicht mehr der Verlust des Adels, der früher allgemein hierhin gezählt wurde. So noch die Entwürfe des St.G.B., worauf die Bestimmung durch den Bundesrath gestrichen wurde.[17]). Nicht ausgeschlossen ist eine landesgesetzliche Erweiterung der hierhin gehörenden Befugnisse, sofern dieselbe nicht als Strafe gemeint ist.[18]) — Mit der betreffenden Unfähigheit ist zu-

12) Abgesehen von dem Fall, daß es sich um Descendenten handelt und die obervormundschaftliche Behörde oder der Familienrath zustimmt (§. 34 Nr. 6).

13) Die Einrichtung beruht auf einer preußischen Verordnung vom 1813, und würde bei Einführung einer Reichskokarde (im Wege erweiternder Auslegung) auch von dieser zu verstehen sein. Anderer Mg. Rüdorff-Stenglein N. 4 zu §. 34; v. Liszt, Lehrb. S. 257.

14) Genannt sind öffentliche Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen; wohin auch akademische Würden gehören, da und sofern sie unter staatlicher Autorität ertheilt werden. Anderer Mg. Geyer, v. H. Encycl. S. 901; Rubo, N. 5 zu §. 33. Richtig Hälschner I S. 609; Olshausen, N. 7 zu §. 33.

3) Vgl. Gerichtsverf.-Gesetz §. 176 (Ausschluß von öffentlichen Gerichtsverhandlungen); Gewerbeordnung §§. 63, 83, 86, 100a, 106 (gewerbliche Beschränkungen).

16) So nach Preußen 1851, während nach früherem gemeinen Recht und nach dem geltenden Recht nur derjenige (beschränkt) eidesunfähig ist, dem diese Fähigkeit bei einer Verurtheilung wegen Meineids (St.G.B. §. 161) aberkannt wurde.

17) Folgewidrig, solange der Adel als Auszeichnung verliehen wird. Aus privatrechtlichen Gründen gegen die Aenderung v. Liszt, S. 258.

18) Vergleiche den Verlust der väterlichen Gewalt und die Möglichkeit der Ehescheidung, die landesgesetzlich an den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte geknüpft sind. Eine Vorschrift, daß weitergehende Bestimmungen dieser Art ausdrücklich aufrecht erhalten sein sollten (nach Entwurf II), wurde vom Reichstag gestrichen. Mit Unrecht für Ungültigkeit derselben Mandry, civilrechtl. Inhalt 3. Aufl. S. 89.

gleich der Verlust der aus öffentlichen Wahlen für den Verurtheilten schon hervorgegangenen Rechte sowie der Verlust der bekleidéten öffentlichen Aemter und schon erhaltenen Auszeichnungen verbunden (St.G B. §. 33).

b) Nicht mehr ist der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte mit der Begehung bestimmter Delicte von selber verbunden, wie dies im früheren Rechte[19]) der Fall war. Ebenso wenig mit der Verurtheilung wegen bestimmter Delicte oder mit der Verurtheilung zu bestimmten Strafen oder der Verbüßung bestimmter Strafen, wie dies ebenfalls im älteren Recht[20]) der Fall war. Wohl aber ist bestimmt α) daß bei der Verurtheilung wegen bestimmter Delictsarten stets auch auf den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden soll, nämlich beim Meineid (§. 161)[21]) bei der qualificirten Kuppelei (§. 181) und bei dem qualificirten Wucher (§. 302d). Mit Unrecht, da auch bei diesen Delicten nicht ausgeschlossen ist, daß sie unter Umständen in weniger verwerflicher, ja vielleicht durch Nothstand beinahe entschuldigter Weise begangen werden können. Sodann β) daß bei einer jeden Verurtheilung zur Todesstrafe oder zur Zuchthausstrafe auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann (§. 32 Absatz 1). Wiederum mit Unrecht, da auf Zuchthausstrafe nur in entehrenden Fällen erkannt werden und deswegen mit der Zuchthausstrafe stets der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte verbunden sein sollte.[22]) Selbst wenn im Wege der Gnade Zuchthausstrafe an die Stelle von Todesstrafe gesetzt wird, kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte nur dann erkannt werden, wenn schon neben der Todesstrafe auf diese Nebenstrafe erkannt war. Endlich γ) daß auch neben

19) So mit der infamia immediata des früheren gemeinen Rechts.

20) Letzteres insbesondere so, daß die Erduldung einer Strafe durch Henkershand Ehrlosigkeit nach sich zog.

21) Es bezieht sich dies nicht auch auf die Verleitung zum Meineid (§. 159), wohl aber auf den Versuch des Meineides und die Theilnahme an demselben

22) Vgl. jedoch St G.B. §. 31, wonach die Verurtheilung zur Zuchthausstrafe jedenfalls den Verlust bestimmter Rechte nach sich zieht. Vgl. auch St G.B. §. 20.

der Gefängnißstrafe auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann, jedoch nur, wenn entweder die Gefängnißstrafe wegen Annahme mildernder Umstände an die Stelle von Zuchthausstrafe tritt oder wenn bei der einzelnen Delictsart das Gesetz durch ausdrückliche Vorschrift jene Möglichkeit ertheilt hat[23]), — in beiden Fällen jedoch nur unter der Voraussetzung, daß auf wenigstens drei Monat Gefängniß erkannt wird (St.G.B. §. 32 Absatz 1)[24]). Auch dies ist unrichtig, da wirklich schimpfliche Fälle überhaupt nicht mit Gefängniß, sondern mit Zuchthausstrafe bestraft werden sollten. — Das Richtige wäre[25]), wenn bei keiner Delictsart der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte unbedingt angedroht würde, wenn aber bei den einen Delictsarten der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte als regelmäßige Rechtsfolge hingestellt, bei anderen als Ausnahme zugelassen würde.

c) Nicht mehr ist der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, abgesehen von dem Fall, wenn auf ihn neben Todesstrafe oder lebenslänglicher Zuchthausstrafe erkannt wird, lebenslänglich[26]); vielmehr soll auf ihn (neben zeitlicher Zuchthausstrafe) in einer Dauer von 2 bis zu 10 Jahren, neben Gefängnißstrafe in einer Dauer von 1 bis zu 5 Jahren erkannt werden (§. 32 Absatz 2). Diese Dauer wird berechnet von[27]) dem Tage, an welchem die Freiheitsstrafe rechtlich erledigt ist, wobei theils die Strafverbüßung, theils Verjährung und Begnadigung in Betracht kommt. Die Wirkung dieser Neben-

23) St.G.B. §§. 49a, 108, 109, 133, 142, 143, 150, 160, 161, 164, 168, 173, 175, 180, 183, 248, 256, 262, 263, 266, 280, 284, 289, 294, 302—302d, 304, 329, 333, 350; vgl. auch §§. 43, 49, 76.

24) Und zwar wegen des einzelnen Delictes, nicht als Gesammtstrafe; siehe unten bei dem realen Zusammentreffen.

25) So Geyer, v. Holtz. Encyclopädie S. 910; Hälschner I S. 623.

26) Gegen die Lebenslänglichkeit der früheren Ehrenstrafen v. Wächter, Vorlesungen S. 105; Hälschner, Strafrecht I S. 587, Anm. 1.

27) Was auch hier von dem Beginn, nicht von dem Ablauf dieses Tages zu verstehen ist. Vgl. oben (bei der Verjährung). Anderer Mg. Geyer, Grundriß S. 166.

strafe dagegen soll schon mit der Rechtskraft des Urtheils beginnen, wonach also auch die Dauer in Wahrheit sich als eine längere, aber im einzelnen Falle verschiedene darstellt.

d) Ist ein Deutscher im Auslande wegen eines Delictes bestraft worden, welches nach deutschen Gesetzen den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte zur Folge hat oder zur Folge haben kann, so ist ein neues Strafverfahren im Inlande statthaft, damit gegen den Verurtheilten nachträglich auf jene Folge erkannt werden könne (§. 37).[28])

3) Außerdem kommt als Nebenstrafe vor

a) Die Unfähigkeit zum Wehrdienst und zur Bekleidung öffentlicher Aemter, welche auch im geltenden Recht (vgl. oben) an die Verurtheilung zur Zuchthausstrafe, und zwar ohne Zeitbeschränkung, geknüpft ist (§. 31);

b) die Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter, auf die unter Umständen erkannt werden kann, theils nämlich in denjenigen Fällen, in welchen neben einer Gefängnißstrafe auch auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte hätte erkannt werden können (St.G.B. §. 35 Absatz 1), theils bei einigen besonderen Delictsarten (§§. 128, 129, 358), stets in einer Dauer von einem bis zu fünf Jahren. Auch diese Nebenstrafe hat den Verlust der bekleideten Aemter zur Folge (§. 35 Absatz 2);

c) der Verlust des bekleideten Amtes[29]), bezw. der aus öffentlichen Wahlen erworbenen Rechte (St.G.B. §§. 81, 83, 88, 94, 95);

d) die dauernde Unfähigkeit als Zeuge oder Sachver-

28) Voraussetzung ist, daß nicht überhaupt eine neue Verfolgung im Inlande als zulässig erscheint. Anderer Mg. Rubo, N. 1 zu §. 37; richtig Olshausen, N. 2 zu §. 37.

29) Nach einzelnen Landesgesetzen auch dann eintretend, wenn der Beamte zu einer Freiheitsstrafe von bestimmter Dauer verurtheilt wurde. So in Preußen (Disciplinargesetz von 1852 §. 7) zu einer Strafe von mehr als einem Jahr; nicht auch in Württemberg (Beamtengesetz von 1876). Nicht aufgenommen ist diese Vorschrift auch in das Reichsbeamtengesetz (wohl war sie im Entwurf desselben enthalten, aus welchem sie aber durch Beschluß des Reichstages hinwegfiel).

ständiger[30]) eidlich vernommen zu werden, worauf bei einer Verurtheilung wegen Meineids[31]) zu erkennen ist (§. 161 Absatz 2);

e) die Unfähigkeit zu gewissen Berufsarten[32]), nämlich zur Beschäftigung im Eisenbahn- und Telegraphendienst, facultativ mit der Verurtheilung wegen gewisser, den Eisenbahn- und Telegraphenverkehr betreffenden Delicte verbunden (St.G.B. §. 319);

f) die Unfähigkeit zum Gewerbebetrieb, als Regel zwar in der Gewerbeordnung (§. 143) beseitigt[33]), durch besondere Vorschrift aber in bestimmten Fällen und für bestimmte Arten des Gewerbebetriebs beibehalten;[34])

g) die Unfähigkeit, jugendliche Arbeiter zu beschäftigen (Gewerbeordnung (§. 150).

4) Die besonderen Rechtsminderungen gegen Personen des Soldatenstandes siehe im Mil.-St.G.B. §. 30[35]).

30) Im Civil- wie im Strafprozeß, nicht aber als Partei im Civilprozeß. Gegen diese Bestimmung Geyer. v. H. Handbuch des Strafprozesses I S. 284, v. H. Encyclopädie S. 910, Grundriß I S. 166.

31) Nicht auch wegen Verleitung zum Meineid (§. 159), wohl aber wegen Versuchs und Theilnahme. Reichsgericht I 10. Juni 1880. Anderer Mg. hinsichtlich der Beihülfe Wächter, Vorlesungen S 475 f.

32) Mit Recht viel weiter ausgedehnt nach ausländischen Rechten (so nach dem österreichischen Gesetz), welche die Untersagung auch anderer Berufsarten gestatten. Vgl auch die Untersagung des Wirthshausbesuchs, die in älteren deutschen, sowie in ausländischen (insbesondere schweizerischen) Gesetzen vorkommt.

33) Zunächst bestehen blieben die Vorschriften älterer Specialgesetze, so im Salzsteuergesetz von 1867, im Braumalzsteuergesetz von 1868 und im Branntweinsteuergesetz von 1868, die aber als durch das Reichs-St G.B. (vgl. Einf.-G §. 6) beseitigt erscheinen. Anderer Mg. v. Liszt, Lehrbuch S. 256. Richtig Olshausen, N. 1 zu Einf.-G. §. 6; Geyer, Grundriß I S. 162.

34) Vgl. das Seeunfallgesetz von 1877 §. 26; das Socialistengesetz §. 23 und verschiedene Steuergesetze (Salzsteuergesetz, Branntweinsteuergesetz u. s. w.).

35) Es sind a) die Entfernung aus dem Heer und der Marine b) die Dienstentlassung c) die Versetzung in die zweite Klasse des Soldatenstandes d) die Degradation (letztere nach dem geltenden Recht nur gegen Unterofficiere).

5) Ob mit dem Verlust des bekleideten Amts auch der Verlust der zu demselben gehörigen Ehrenrechte und vermögensrechtlichen, insbesondere Pensions-Ansprüche verbunden ist, ist landesrechtlich verschieden. Ebenso, ob der pensionirte Beamte durch die über ihn erkannte Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter seines Pensionsanspruches verlustig geht.[36])

§. 54 (59).

Nebenstrafen am Vermögen[1]).

1) Nicht gehört hierhin die Geldstrafe, die zwar mehrfach neben der Freiheitsstrafe gedroht ist, außerdem aber auch (und das ist maßgebend) als selbständiges Strafmittel vorkommt. Wohl aber

a) die Einziehung (Confiscation) einzelner Gegenstände, hinsichtlich deren das Gesetz theils eine allgemeine Vorschrift aufstellt, theils besondere Vorschriften bei bestimmten Delictsarten ertheilt hat. Und zwar geht jene allgemeine Vorschrift dahin, daß Gegenstände[2]), welche durch ein Delict hervorgebracht sind (producta sceleris) sowie Gegenstände, welche als Mittel zur Begehung eines Delictes benutzt wurden oder dazu bestimmt waren (instrumenta sceleris) eingezogen werden können. Doch ist dies beschränkt auf vor-

36) Nach dem Reichsbeamtengesetz kann nur im Wege des Disciplinarverfahrens auf Pensionsverlust erkannt werden, und zwar gegen einen pensionirten Beamten nur wegen einer noch zur Zeit des Amtsverhältnisses begangenen Handlung, was gewiß nicht als das Richtige erscheint.

1) Heinze, Goltd. Archiv 1857; (Goltdammer), Goltd. Archiv 1861, 1866, 1870; Wahlberg, criminal- und nationaloecon. Gesichtspunkte S. 138 ff.; v. Holtz. Handbuch II 514 ff.; v. Buri, Gerichtssaal 1878; Stooß, zur Natur der Vermögensstrafen S. 32 ff.; Dochow, Rechtslexicon (Einziehung).

2) Gemeint sind nur körperliche Gegenstände oder Sachen. Anderer Mg. Heinze, v. Holtz. Handbuch II S. 14, der auch Rechte hereinzieht. — Nicht ausgeschlossen ist theilweise Einziehung, und zwar auch dann, wenn der Zusammenhang des Ganzen dadurch gestört wird; Reichsgericht IV 15. Mai 1885.

sätzliche Delicte, und zwar auf Verbrechen und Vergehen, sowie auf solche Gegenstände, welche dem Thäter oder einem Theilnehmer der That gehören[3]). Auch ist die Einziehung nicht geboten, sondern nur für zulässig erklärt (facultativ)[4]), wobei auf die Bedenklichkeit des Gegenstandes theils an sich, theils in den Händen des Schuldigen zu sehen ist, und u. A. auch das Verhältniß des Werthes des Gegenstandes zu der Schwere des Delictes in Betracht kommt[5]) — Weitergehende Vorschriften sind bei einzelnen Delictsarten getroffen, und zwar theils dahin, daß die Einziehung auch im Falle fahrlässiger Verübung erfolgt[6]); theils dahin, daß die Gegenstände nicht zur Begehung des Delictes bestimmt zu sein brauchen[7]); theils dahin, daß die Einziehung unabhängig von der Frage des Eigenthums stattfindet[8]); theils endlich dahin, daß die Einziehung nicht nur für zulässig, sondern für nothwendig

3) Irgend einem Theilnehmer, nicht nothwendig dem Angeklagten. Anderer Mg. Olshausen, N. 13 zu §. 40. Und zwar zur Zeit der That, nicht zur Zeit des Urtheils. Anderer Mg. Olshausen, N. 10 zu §. 40; richtig Oppenhoff, N. 12 zu §. 40.

4) Anders Entwurf II in Beziehung auf die producta sceleris.

5) Zu weit ginge die Einziehung des Schiffes, mit welchem ein Fischereivergehen, oder gar des Hauses, in welchem eine Münzfälschung begangen wurde. Vgl. freilich in letzterer Beziehung die Carolina Art. 111, und was, die Einziehung von Schiffen betrifft, St.G.B. §. 296a; Gesetz, betr. die Reichs-(Bundes-)Flagge §. 13; Küstenfrachtgesetz von 1881.

6) Urhebergesetz von 1870 §. 25.

7) Vgl. das preußische Forstdiebstahlsgesetz §. 15, nach welchem genügt, daß der Thäter die Gegenstände „bei sich führte“; das württembergische Forststrafgesetz Art. 14, in welchem mitgeführte Waffen genannt sind.

8) St.G.B. §. 152 (Münzfälschung), § 295 (Jagdvergehen), §. 396a (Fischereivergehen), §. 369 Nr. 2 (Führung von falschem Maß und Gewicht), §. 360 Absatz 2, §. 367 Absatz 2; Flaggengesetz §. 13, Nahrungsmittelgesetz §. 15, Küstenfrachtgesetz §. 3, Spielkartengesetz §. 10, Viehseuchengesetz §§. 65, 66; Gesetz über die Fischerei in der Nordsee §. 2, Vereinszollgesetz §. 154. Auch Landesgesetze, wie die verschiedenen Forststrafgesetze u.s.w. — Allerdings geht die Maßregel dadurch über den Charakter einer Strafe hinaus; vgl. oben S. 7 Anm. 18.

(obligatorisch) erklärt ist.[9]) In einzelnen Fällen ist bestimmt, daß statt des Gegenstandes selbst eventuell, bezw. nach Ermessen des Gerichtes der Werth desselben der Einziehung unterliegt.[10]) Die Einziehung erfolgt zu Gunsten des Reichs, bezw. des Einzelstaates[11]) und zwar zu Gunsten der Kasse des betreffenden Gerichts, soweit im Gesetze nichts Anderes bestimmt ist[12]). Das Eigenthum geht über mit der Rechtskraft des Urtheils[13]), wiederum soweit im Gesetze nichts Anderes bestimmt ist, was in einzelnen Fällen[14]), und zwar zu Gunsten der Beschlagnahme geschehen ist. Jedenfalls ist nach Analogie des §. 40 auch in dieser Beziehung eine Vollstreckung des rechtskräftigen Urtheils in den Nachlaß des Verurtheilten als zulässig zu betrachten;

b) die Unbrauchbarmachung einzelner Gegen-

9) St.G.B. §. 152 (Münzfälschung), §. 295 (Jagdvergehen), §. 296 (Fischereivergehen), §. 335 (Bestechung), §. 369 Nr. 2 (Führung von falschem Maß und Gewicht); Urhebergesetze von 1870 und 1876; Preßgesetz §. 16, Viehseuchengesetz §§. 65, 66, Nahrungsmittelgesetz §. 15, Gesetz über die Fischerei in der Nordsee §. 2, Sprengstoffgesetz §. 11 Ferner des Vereinszollgesetz §§. 134, 135 und verschiedene Steuergesetze; auch die landesrechtlichen Forststrafgesetze, wie das preußische §. 15 (allgemein), das württembergische Art. 14 (mit Beziehung auf Waffen).

10) St.G.B. §. 335 (Bestechung); Viehseuchengesetz §§. 65, 66; Vereinszollgesetz §§. 147, 154, 155; Gesetz zur Sicherung der Vereinszollgrenze Art. 6; Salzsteuergesetz §. 11 und landesrechtliche Forststrafgesetze. Ungültig dagegen sind landesgesetzliche Vorschriften, durch welche auch statt der nach Reichsgesetz einzuziehenden Jagdgeräthe der Werth derselben für verfallen erklärt würde; Reichsgericht I 7. December 1882.

11) Ausdrücklich gesagt St.G.B. §. 335, wo das Wort „Staat“ vom Reiche und vom Einzelstaat zu verstehen ist.

12) Letzteres ist der Fall im Preßgesetz §. 16 sowie im Socialistengesetz §. 20, wo die Ortsarmenkasse genannt ist.

13) Anderer Mg. Oppenhoff, N. 16 zu §. 40; Schwarze, Kom. S. 88, nach welchem Besitzergreifung hinzukommen muß. Richtig Heinze, Goltd. Archiv 1857 S. 178; Mandry, civilrechtl. Inhalt 3. Aufl. S. 316; Olshausen, N. 15 zu §. 40.

14) Vereinszollgesetz §. 156.

stände, und zwar theils die Unbrauchbarmachung von Darstellungen[15]), sowie der zu ihrer Herstellung bestimmten Gegenstände (St.G.B. §. 41), theils die Unbrauchbarmachung sonstiger Gegenstände, an denen oder mit denen ein Delict verübt wurde[16]). Auch diese Maßregel ist Strafe und nicht bloß polizeiliche Maßregel.[17]) Sie ist geeignetenfalls auf die Unbrauchbarmachung eines Theils des betreffenden Gegenstandes zu beschränken (St.G.B. §. 41 Absatz 3);

c) der Verlust gewisser vermögensrechtlicher Ansprüche, den das Gesetz in einzelnen Fällen an die Begehung strafbarer Handlungen geknüpft hat[18]), eine Rechtsfolge, die aber nur insoweit hierhin gehört, als sie wesentlich zum Zwecke der Strafe verhängt wird und nicht als bloß privatrechtliche[19]) oder polizeiliche[20]) Rechtsfolge erscheint.

2) Uebrigens können Einziehung und Unbrauchbarmachung auch unabhängig von einer Bestrafung, als sog. objektive

15) Das Gesetz nennt Schriften, Abbildungen und Darstellungen; gemeint sind Darstellungen strafbaren Inhalts, nicht solche, welche nur in formeller Beziehung als strafbar erscheinen. Reichsgericht III 8. März 1882. Die Maßregel ist beschränkt auf diejenigen Exemplare, welche sich noch im Besitze der an ihrer Herstellung betheiligten Personen befinden oder öffentlich vertrieben werden. Vgl. §. 41 Absatz 2, wo unter dem „Herausgeber" (trotz des Preßgesetzes) auch der Redacteur zu verstehen ist.

16) Vgl. die Urhebergesetze von 1870 und 1876; das Markenschutzgesetz von 1874 §. 17; das Gesetz über den Feingehalt der Gold- und Silberwaren von 1874 § 9.

17) Anderer Mg. Olshausen, S. 85, N. 1 zu §. 41; Hälschner, I S. 632.

18) Vgl. das Viehseuchengesetz von 1880 §. 63; das Salzsteuergesetz von 1867 §. 11. Ueber den Pensionsverlust öffentlicher Beamten siehe oben Seite 443.

19) Vgl. den Verlust des Zinsenanspruches nach dem Wuchergesetz und die erbrechtlichen Indignitätsfälle des gemeinen Rechts, die mit Unrecht von Einzelnen für ungiltig erklärt sind. So von Zimmermann, Goltd. Archiv 1881 S. 6 ff.

20) Vgl. den Verlust von Gemeindenutzungen, den die Ortsbehörden an die Begehung von strafbaren Handlungen zu knüpfen befugt sind.

Maßregeln verhängt wurden[21]), was aber ebenfalls nicht nur die Verübung einer strafbaren Handlung, sondern auch das Vorhandensein der übrigen (materiellen) Erfordernisse der Strafbarkeit voraussetzt[22]). Es darf also die That nicht verjährt und muß der erforderliche Antrag auf Bestrafung gestellt sein. Das Verfahren in diesen Fällen ist in der Strafprozeßordnung (§§. 477–479) geregelt.

§. 55 (60).

Die öffentliche Bekanntmachung des Urtheils.

In mehreren Fällen als Privatgenugthuung, und zwar theils als Genugthuung für den Verletzten[1]), theils als Genugthung für den Beschuldigten im Falle einer Freisprechung[2]) verwendet, erscheint die öffentliche Bekanntmachung des Urtheils in einem Falle als Strafe, in welchem sie zwar ebenfalls außerstrafrechtlichen Zwecken zu genügen, zugleich aber wesentlich als Strafe zu dienen bestimmt ist. Vgl. Nahrungsmittelgesetz §. 15.

21) Vgl. oben Seite 7 Anm. 18. StG.B. §§. 42, 152. Von Nebengesetzen Nahrungsmittelgesetz §. 15, Küstenfrachtgesetz §. 3, Spielkartengesetz §. 10.

22) Anderer Mg. Oppenhoff, Schwarze. Richtig Olshausen, N. 6 zu §. 42; Hälschner I S. 634; Reichsgericht IV 23. Sept. 1884, I 25. Sept. 1884.

1) So bei der falschen Anschuldigung (StGB. §. 165) und bei der Beleidigung (St.G.B. §. 200); ferner im Patentgesetz §. 35 und im Markenschutzgesetz §. 17. Vgl. oben Seite 5 und Seite 395.

2) Nahrungsmittelgesetz §. 16.

Zweiter Abschnitt.

Das Strafmass.

Erstes Kapitel.

Das Strafmass als solches[1]).

§. 56 (63).

Die Strafzumessung.[2])

1) Während im geltenden Recht absolut unbestimmte Strafen überhaupt nicht mehr[3]) und absolut bestimmte Strafen nur noch ausnahmsweise[4]) vorkommen, sind die meisten Strafen des geltenden Rechts relativ bestimmte, indem entweder eine eine nach Mindestbetrag und Höchstbetrag bestimmte Strafen alternativ gedroht sind. Auch kommt vor, daß neben einer

1) Merkel, Strafrechtszeitung 1864, 1865, v, Holtz. Handbuch II S. 545 ff., IV S. 207 ff.; Wahlberg, Princip der Individualisirung Wien 1869, Zeitschr. von Grünhut 1878, Schriften III S. 557 ff.; Geyer, v. Holtz. Jahrbücher III S. 358 ff,; Peterson, Goltd. Archiv 1884 S. 201 ff.

2) Medem, Gerichtssaal 1874 S. 590 ff.; Hecker, Goltd. Archiv 1879 S. 186 ff.; Geyer, Rechtslexicon (Strafzumessung). — Vgl. oben Seite 55 f.

3) Ueber absolut unbestimmte Strafen des früheren Rechtes vgl. Birnbaum, Archiv 1832 S. 540 ff.

4) Vgl. die Androhung der Todesstrafe in den §§. 80 und 211 des St.G.B. sowie in §. 5 des Sprengstoffgesetzes; ferner die Androhung der lebenslänglichen Zuchthausstrafe in den §§. 87, 90 des St.G.B., wo aber die Annahme mildernder Umstände für zulässig erklärt ist. Vgl. ferner §. 4 des Einf.-G. zum St.G.B. und die Androhung, das Mehrfache eines bestimmten Betrages zu zahlen, in den Zoll- und Steuergesetzen sowie im Postgesetz.

Hauptstrafe facultativ eine Nebenstrafe gedroht ist[5]). Die Strafdrohung ein bis fünf Jahr Zuchthaus stellt 49, die Strafdrohung ein bis fünf Jahr Gefängniß 1462, bezw. 1463 Strafgrößen dem Gerichte zur Verfügung[6]).

2) Dabei ist die richterliche Thätigkeit in der Auswahl dieser Strafgrößen oder die sog. Strafzumessung (auch Strafausmessung, Strafabmessung, Strafbemessung genannt) im geltenden Recht nicht mehr an gesetzliche Regeln gebunden, wie dies nach früheren Gesetzen[7]) der Fall war. Vielmehr ist die Auswahl der Strafe völlig dem richterlichen Ermessen überlassen. Mit Recht, da jede Aufzählung einseitig sein würde, es vielmehr darauf ankommt, die Größe der Schuld nach allen in Betracht kommenden Umständen zu treffen. Diejenigen Umstände, welche ein Hinaufgehen mit der Strafe veranlassen, werden Straferhöhungsgründe (auch Strafmehrungsgründe), diejenigen, durch welche ein Hinabgehen mit der Strafe bedingt wird, werden Strafminderungsgründe (nicht zu verwechseln mit den Strafmilderungsgründen, siehe unten) genannt. Ueber ihre Darlegung in den Urtheilsgründen vgl. die Strafprozeßordnung §. 266 Absatz 3.

3) Handelt es sich aber um die Gesichtspuncte, welche für die Strafzumessung bestimmend sein sollen[8]), so hat der Richter nicht seiner eigenen Auffassung von Grund und Zweck der Strafe zu folgen[9]), sondern derjenigen, welche dem Gesetze

5) Früher auch, daß Schärfungen der Freiheitsstrafe für zulässig erklärt waren (siehe oben S. 420).

6) In mehreren Fällen ist das Minimum der Strafe durch die Novelle von 1876 erhöht worden (vgl. §§. 113, 114, 117).

7) So. Bayern 1813, Württemberg 1839, Braunschweig 1840, Hessen-Darmstadt 1841, Baden 1845, Oesterreich 1852, in denen aber meistens die Aufzählung nur beispielsweise erfolgte. Anders Preußen 1851 und die folgenden, welche jede Aufzählung unterließen. Auch jetzt ist eine solche Aufzählung im Mil.-St.G.B. enthalten. Für ihre Wiederaufnahme auch in das Civilstrafrecht Haeberlin, Gerichtssaal 1875 S. 610 ff.

8) Vgl. noch L. 11 Dig. de poenis 48, 19: „Nec severitatis nec clementiae gloria affectanda est".

9) Anderer Mg. Mittelstaedt, Zeitschr. für Strafr.wiss. 1882 S. 428.

zu Grunde liegt. Dies ist aber (wie oben Seite 16 ff. entwickelt wurde) der Gesichtspunct vergeltender Gerechtigkeit, mit denjenigen Modificationen, welche demselben durch die früher erwähnten Nebenrücksichten zu theil werden.[10]) Nicht richtig ist es danach, bei der Strafzumessung gleichmäßiges Gewicht auf die subjective und auf die objective Seite der That zu legen[11]); nicht richtig aber auch, wenn man der objectiven Seite der That nur in sofern Bedeutung beilegen will, als in ihr sich die Höhe der subjectiven Verschuldung ausprägt[12]). Vielmehr ist Letzteres nur als regelmäßiges Verfahren richtig, wogegen theilweise der objectiven Seite der That auch eine selbständige Bedeutung zukommt. Bis zu welchem Grade dies der Fall ist, läßt sich nur durch die Analogie derjenigen Vorschriften bestimmen, bei welchen das geltende Recht (siehe oben Seite 196) von dem Vorhandensein einer subjectiven Verschuldung absieht. — Nicht nothwendig ist, daß die Strafzumessungsgründe der That vorangehen oder sie begleiten; vielmehr kann es sein, daß auch ein der That nachfolgender Umstand eine straferhöhende oder strafmindernde Wirkung ausübt, wie dies z. B. mit dem nachträglich geleisteten Ersatz und der während des Verfahrens erlittenen Untersuchungshaft[13]) der Fall ist.

4) Im Einzelnen erscheinen

a) als subjective Strafzumessungsgründe α) die größere oder geringere Reife und Klarheit des geistigen Zustandes des Thäters, wonach z. B. die Trunkenheit an sich sich stets als

10) Vgl. oben Seite 19 ff., 50 ff., sowie das, was bei der subjectiven Verschuldung (Seite 195 ff.) bemerkt wurde. Am Stärksten sind diese Nebenrücksichten bei den Nebenstrafen, da dieselben zum großen Theil auf polizeilichen Gesichtspunkten beruhen. Vgl. Loening, Grundriß. S. 62.

11) So die Meisten, die sich in dieser Beziehung geäußert haben.

12) Vgl. die oben (Seite 52 Anm. 20 und 21) gemachten Anführungen und in letzterer Beziehung insbesondere noch Geyer, v. Holtz. Encyclopädie S. 915, Grundriß I S. 169.

13) Reichsgericht II 21. März 1882. Ueber die Untersuchungshaft als Gegenstand einer Strafanrechnung (St.-G.-B. §. 60) siehe unten §. 58.

ein Strafminderungsgrund darstellt (sehr mit Unrecht vielfach bestritten), der aber ganz oder theilweise aufgewogen werden kann durch die in dem Sichbetrinken (unter den obwaltenden Umständen) möglicherweise liegende Verschuldung; *β*) der Unterschied von Vorsatz und Fahrlässigkeit, soweit derselbe nicht schon vom Gesetzgeber selbst zur Unterscheidung benutzt ist; *γ*) die größere oder geringere Stärke des strafbaren Vorsatzes[14]) sowie der größere oder geringere Grad von Fahrlässigkeit, um den es sich handelt; *δ*) die größere oder geringere Verwerflichkeit des Beweggrundes, aus welchem, bezw. des Zweckes, zu welchem die That verübt wurde[15]); *ε*) der größere oder geringere Anreiz, welcher zur That vorlag, sowie die Abhaltungsgründe, durch welche der Thäter von der That hätte zurückgehalten werden sollen[16]); *ζ*) die nur gelegentliche Art der Verübung oder die Gewohnheitsmäßigkeit, Geschäftsmäßigkeit, bezw. Gewerbsmäßigkeit derselben[17]). Mittelbare Bedeutung kann danach auch Alter und Geschlecht, Erziehung, Bildungsgrad und Berufsart des Thäters und überhaupt das Vorleben desselben haben, wie andererseits auch dem nachträglichen Verhalten des Thäters eine mittelbare Bedeutung zukommt, was u. A. auch auf das Verhalten während des Strafverfahrens zu beziehen ist. Und nicht ausgeschlossen ist, daß bei der Strafzumessung auch darauf Rücksicht genommen wird, welche Nachtheile der Thäter aus

14) Insbesondere auch das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein von Ueberlegung, soweit dieser Unterschied nicht schon vom Gesetze selber benutzt wurde.

15) Da die Moral es ist, welche auf den Beweggrund zur That sieht, so ist nicht ausgeschlossen, daß die sittliche Beurtheilung als ein Theil der rechtlichen Beurtheilung erscheint. Anderer Meinung Sontag, Z. für Strafr.wiss. 1881 S. 490; Rümelin, Reden und Aufsätze II S. 190 f.

16) Zu diesen gehört auch die schon erfolgte Verurtheilung oder Bestrafung für eine gleiche oder ähnliche That (Rückfall), soweit diesen Umstand nicht schon das Gesetz selbst zur Unterscheidung verwerthet (siehe unten bei den erschwerenden Umständen).

17) Siehe oben Seite 53 und unten sowohl bei den erschwerenden Umständen, als bei dem Gesammt- oder Kollectivdelict.

Anlaß des Delictes schon sonst erlitten hat[18]) und mit welchem Gewicht die Strafe gerade ihn nach seinen persönlichen Verhältnissen treffen werde;

b) als objective Strafzumessungsgründe vor Allem α) der größere oder geringere Schaden, der durch das Delict bewirkt wurde, wobei sowohl der mittelbare, wie der unmittelbare, der ideelle[19]), wie der materielle Schaden und nicht nur der Schaden selbst, sondern auch der nachträgliche Ausgleich desselben in Betracht kommt und in letzterer Beziehung nicht nur der Ausgleich durch den Thäter selbst, sondern auch der durch andere Personen (vgl. oben S. 450) von Bedeutung sein kann; β) die größere oder geringere Verwerflichkeit oder Gefährlichkeit des zur Ausführung benutzten Mittels; γ) der größere oder geringere Umfang der strafbaren Thätigkeit, insbesondere der größere oder geringere Beitrag, welchen der Thäter zu dem eingetretenen Erfolge geleistet hat, bezw. (im Falle der Theilnahme) die größere oder geringere Bedeutung, welche gerade seine Thätigkeit für die Vollendung gehabt hat; δ) die größere oder geringere Zahl der Verübungen, soweit dieselbe nicht schon eine Mehrheit von Delicten begründet; ε) die längere oder kürzere Zeit, welche seit der Begehung verflossen[20]).

5) Als Strafmaß für Fälle von mittlerer Schwere kann nur die Mitte zwischen dem Maximum und dem Minimum der angedrohten Strafe erscheinen[21]), womit freilich nicht gesagt ist, daß diese mittleren Fälle auch die häufigsten sein müß-

18) So bei der Bestrafung des Eigenthümers wegen fahrläßiger Inbrandsetzung seines Gebäudes; bei der Bestrafung der Mutter wegen fahrläßiger Tödtung ihres Kindes.

19) Größer oder geringer u. A. nach der Oeffentlichkeit oder Nichtöffentlichkeit der Verübung.

20) Vgl. den Milderungsgrund des theilweisen Ablaufs der Verjährungsfrist, welchen einige ältere Gesetze (so Württemberg 1839) aufstellten.

21) Anderer Mg. Merkel, v. Holtz. Handbuch II S. 562; auch Hälschner, d. Strafrecht I S. 641 Anm. 2, nach welchen, wenn Straferhöhungs- und Strafminderungsgründe sich die Wage halten, keine Strafe verhängt werden müßte.

ten[22]). Verderblich aber ist die Neigung der Rechtspflege in der Nähe des Minimums zu verweilen, ein Verfahren, welches zum Theil allerdings dadurch erklärt wird, daß der Drang der Geschäfte nicht immer ein genügendes Eindringen in die Einzelheiten des Falles gestattet[23]).

§. 57 (64).

Die Strafänderung.[1])

1) In vielen Fällen begnügt sich das Recht nicht mit der Aufstellung eines (absolut oder relativ) bestimmten Strafmaßes, sondern erklärt ein Hinausgehen nach der einen oder der andern oder nach beiden Richtungen für zulässig, bezw. geboten[2]). Es ergiebt sich daraus der Begriff der Strafänderung und der Strafänderungsgründe, die theils erschwerende Umstände oder Strafschärfungsgründe, theils mildernde Umstände (wohl zu unterscheiden von den Strafminderungsgründen) sein können. Ferner der Begriff des schweren oder „qualificirten“ Delictes auf der einen Seite und der des leichten oder „privilegirten“ Delictes auf der anderen Seite.[3]) Unge-

22) Vgl. Medem, Gerichtssaal 1874 S. 590 ff.; Hälschner I S. 642.

23) Hier auszuhelfen ist die vielgescholtene Einrichtung der „mildernden Umstände“ bestimmt von der unten zu sprechen sein wird.

1) Lippmann, die richterliche Strafänderungsbefugniß Nördlingen 1862; Merkel, v. Holtz. Handbuch II S. 559 ff.; Hecker, Goltd. Archiv 1879 S. 186 ff.; Geyer, Rechtslexicon (Strafmilderungsgründe, Strafschärfungsgründe).

2) Gegen die in der gemeinrechtl. Praxis eingerissene Unsitte willkürlicher Strafänderung trat mit größter Entschiedenheit Feuerbach auf (Revision der Grundbegriffe des peinlichen Rechts I S. 219 ff., 343 ff) Die Aeußerung des römischen Rechts, Lex 13 Dig. de poenis 48, 19: „Hodie licet ei, qui extra ordinem de crimine cognoscit, quam vult sententiam ferre, vel graviorem vel leviorem, ita tamen, ut in utroque modo rationem non excedat“, war theils nicht von allen Klassen von Delicten, theils nicht von einem unbeschränkten Strafänderungsrecht zu verstehen.

3) Uebrigens wird mitunter auch schon das einfache Delict gegenüber dem schweren Delict als leichtes Delict bezeichnet, wie dies bei der Körperverletzung der Fall ist.

nau der Sprachgebrauch des Gesetzes, welches auch von den Strafänderungsgründen sagt (§. 50), daß durch sie die Strafbarkeit „erhöht“ oder „vermindert“ werde. Kein Grund liegt vor, zwischen erschwerenden Umständen und Strafschärfungsgründen zu unterscheiden[4]). Dabei können die Umstände, aus denen die Strafänderung zu erfolgen hat, entweder im Gesetz angegeben oder dem richterlichen Ermessen überlassen sein — *bestimmte* oder *unbestimmte* Strafänderungsgründe; sie können ferner bei allen Delictsarten oder nur bei einzelnen anerkannt sein — *allgemeine* oder *besondere* Strafänderungsgründe; es kann endlich ihre strafändernde Wirkung im Gesetze vorgeschrieben oder nur für zulässig erklärt sein — *obligatorische* oder *facultative* Strafänderungsgründe. Ob und welche Strafänderungsgründe aber im geltenden Recht anerkannt werden sollen, ist zu sehr Sache des Ermessens, um vom grundsätzlichen Standpunct aus beantwortet zu werden; nur das ist grundsätzlich zu sagen, daß denjenigen Umständen, welche, wenn in höherem Grade vorhanden, die Strafbarkeit auszuschließen geeignet sind, dann, wenn sie in geringerem Maße vorliegen, die Wirkung von Milderungsgründen beigelegt werden sollte; anders ausgedrückt, daß sich die Aufstellung allgemeiner bestimmter mildernder Umstände als eine grundsätzliche Anforderung darstellt. Treffen verschiedene erschwerende Umstände mit einander zusammen, so müßten hierüber *eigentlich* ähnliche Grundsätze wie über das Zusammentreffen von Delicten (vgl. §. 60) gegeben sein. Ebenso über das Zusammentreffen verschiedener mildernder Umstände und endlich auch über den Fall, wenn erschwerende *und* mildernde Umstände zugleich vorliegen. Auch hier aber hat das Recht wie häufig der genaueren Regelung eine weniger genaue, aber besser zu handhabende vorgezogen, und zwar die, daß in den

4) Was man theils in der Art versuchte, daß man die *allgemeinen* erschwerenden Umstände (z. B. den Rückfall) Strafschärfungsgründe, die *besonderen* erschwerenden Umstände in letzterer Weise benannte, oder in der Art, daß man den Ausdruck erschwerende Umstände auf den Fall beschränken wollte, daß durch sie eine Unterart des Delictes (z. B. schwerer Diebstahl) begründet wurde, was genau genommen immer der Fall ist.

beiden erstern Fällen die jedesmal weiter gehende Erschwerung oder Milderung zu Grunde gelegt wird[5]), im letzten Fall aber das Ermessen im einzelnen Falle entscheidet, ob der erschwerende oder der mildernde Umstand als maßgebend erscheint[6]). — Nur in einem Falle ist anzunehmen, daß die betreffende Milderung als eine noch weiter gehende Milderung der schon eingetretenen Milderung gemeint ist, nämlich in dem Falle, wenn zu dem Milderungsgrund des jugendlichen Alters noch ein anderer bestimmter[7]) Milderungsgrund oder unbestimmte[8]) mildernde Umstände hinzukommen. Und zwar bildet das jugendliche Alter auch dann noch einen selbständigen Strafmilderungsgrund, wenn dasselbe schon bei den „mildernden Umständen" berücksichtigt wurde.[9]) Dabei ist es der Regel

5) Vgl. schon die Carolina Art. 163 hinsichtlich zusammentreffender Erschwerungsgründe des Diebstahls. Jetzt auch Reichsgericht II 12. Oktober 1883; auch Reichsgericht I 21. December 1882, welches aber unrichtig ideales Zusammentreffen zwischen eigennütziger und gewohnheitsmäßiger Kuppelei annahm.

6) So wenn Todtschlag nach §. 215 (Todtschlag von Ascendenten) mit Todtschlag nach §. 213 (Todtschlag auf Anreizung) zusammentrifft, in welchem Falle §. 215 vorgeht. Nicht gehört hierhin das Verhältniß der §§. 213 und 215 zu §. 216 (Tödtung auf Verlangen), da der letztere Fall nicht eine Unterart des Todtschlags, sondern ein besonderes Tödtungsdelict bildet (welches vorgeht). Und ebensowenig das Vorliegen der erschwerenden Umstände des Diebstahls beim Mundraub, der dadurch nicht aufhört Mundraub zu sein, daß jene Umstände vorliegen. Letzteres allerdings bestritten; Näheres im Besonderen Theil.

7) Reichsgericht I 22. Nov. 1883, wo mit Recht gesagt ist, daß erst die Strafermäßigung nach §§. 157, 158 und dann die nach §. 57 vorzunehmen ist. Umgekehrt v. Liszt S. 270 Anm. 14.

8) Reichsgericht I 20. März 1880; v. Liszt, S. 268 Anm. 4.

9) Anderer Mg. Oppenhoff, N. 10 zu §. 57; Hälschner I S. 536; Geyer, Grundriß I S. 172. — Richtig Fuchs, Strafrechtszeitung 1871 S. 253; John, daselbst 1872 S. 208 ff.; Ruhstrat, Gerichtssaal 1871, 1872; Olshausen, N. 3 zu §. 57; Wächter, Vorlesungen S. 278; Reichsgericht I 20. März 1880. Es ist kein Widerspruch, den durch das jugendliche Alter bedingten Mangel zunächst überhaupt und dann (wenn in besonderem Grade vorhanden) noch besonders in Anschlag zu bringen.

nach die gesetzlich gedrohte Strafe, die durch den erschwerenden Umstand erhöht, durch den mildernden Umstand herabgesetzt erscheint; ausnahmsweise findet sich aber auch, daß die im gegebenen Falle verwirkte Strafe um ein Bestimmtes herabgesetzt sein soll, wie dies bei dem Milderungsgrunde des jugendlichen Alters (siehe unten) und bei den Milderungsgründen der §§. 157 und 158 der Fall ist.

2) Was zunächst die erschwerenden Umstände betrifft, so finden wir im geltenden Rechte als solche verwendet: die besondere Größe des durch das Delict verursachten Schadens[10]), — den besonderen Umfang der entwickelten Thätigkeit[11]), — die besondere Gefährlichkeit oder Verwerflichkeit des benutzten Mittels, bezw. der gewählten Verübung[12]), — die Oeffentlichkeit der Verübung[13]), — die Verübung in Gemeinschaft mit anderen Personen[14]), — die besonderen Verhältnisse, unter denen die That verübt wurde[15]), — die besondere Verwerflichkeit des Beweggrundes, durch welchen der Thäter zur That bestimmt wurde[16]), — die Verletzung einer besonderen dem Thäter obliegenden Verpflichtung[17]), — die Gewohnheitsmäßigkeit und Gewerbsmäßigkeit der Verübung[18])

10) St.G.B. §§. 239 Absatz 2, 224, 226, 307 Nr. 1, 309; vgl. auch §§. 87; 154 Absatz 2, 206, wo aber nicht Causalzusammenhang zwischen der That und dem betreffenden Ereigniß verlangt wird.

11) St.G.B. §§. 115 Absatz 2, 122 Absatz 3, 125 Absatz 2.

12) St.G.B. §§. 123 Absatz 2, 208, 223a, 293, 296; Vereinszollgesetz §. 144, 146, 147.

13) Vgl. oben Seite 229.

14) St.G.B. §§. 129 Absatz 2, §. 223a; Vereinszollgesetz §. 146.

15) Einf.-G. zum St.G.B. §. 4.

16) St.G.B. §§. 268, 272, 273.

17) St.G.B. §§. 80, 94—97, 181 Nr. 2, 215, 222 Absatz 2, 223 Absatz 2, 230 Absatz 2.

18) Vgl. schon die „grassatores“ und „receptatores“ des älteren Rechts, sowie den „fur famosus“. Im geltenden Recht St.G.B. §§. 180, 260, 294, 302d; Münzgesetz Art. 13, Bankgesetz §. 57, Patentgesetz §§. 4, 34. — Für Ausdehnung auf Diebstahl, Raub und Betrug Dochow, zur Lehre von gewohnheits- und gewerbsmäßigem Verbrechen Jena 1871, der übrigens in erster Linie Beseitigung dieses Strafschärfungsgrunds befürwortet. Für die Anerkennung der Gewohnheits-

und endlich die Verübung im Rückfall[19]), — ohne daß aber irgend einer dieser Umstände als allgemeiner erschwerender Umstand oder Strafschärfungsgrund anerkannt worden wäre; Insbesondere geschieht dies, abweichend vom früheren Recht, auch nicht mit dem Rückfall[20]), d. h. der Begehung eines neuen Delictes, nachdem der Thäter schon wegen eines früheren Delictes zur Verantwortung gezogen war, ein Umstand, dessen allgemeine Bedeutung aber groß genug ist, um auch jetzt zum Gegenstand der Behandlung im Allgemeinen Theil gemacht zu werden. Was aber

a) den Begriff des Rückfalls betrifft, so kann derselbe weiter oder enger gefaßt werden, je nachdem hinsichtlich des neuen Delictes die Begehung irgend eines Delictes oder die Begehung eines Delictes von gleicher Schwere oder die Begehung eines ähnlichen oder endlich die Begehung eines gleichen Delictes, sowie je nachdem hinsichtlich der Art, wie der Thäter wegen des früheren Delictes zur Verantwortung gezogen wurde, frühere Verurtheilung oder frühere theilweise, bezw. vollständige Bestrafung verlangt wird. Nicht zu verkennen aber ist, daß in allen diesen Bedeutungen (vorausgesetzt, daß der Thäter bei der zweiten Begehung sich der Strafbarkeit seines Thuns bewußt ist) dem Rückfall die Wirkung eines Straferhöhungsgrundes zukommt[21]). Und zwar nicht

mäßigkeit und Gewerbsmäßigkeit als eines ganz allgemeinen Strafschärfungsgrundes Wahlberg, Schriften I S. 136 ff., III S. 55 ff., 213 ff., Zeitschr. von Grünhut 1878 S. 465 ff. Vgl. oben S 53, insbesondere aber unten §. 59.

19) St.G.B. §§. 244, 245, 261, 264, 250 Nr. 5.

20) Wendt, de delictis recidivis Erlangen 1824; Leoning, quid statuendum sit u.s.w. Berlin 1869; Münchhausen, Rückfall Halle 1870; Friedlaender, Rückfall I Berlin 1872; Olshausen, Einfluß von Vorbestrafungen Berlin 1876; v. Lilienthal, Kollectivdelict S. 90 ff., Wahlberg, Schriften I S. 136 ff.; Abhandlungen im Gerichtssaal: Brauer (1859), Hellweg (1870), v. Stemann (1871), Taube (1872), Ortloff (1873); Fuld, Goltd. Archiv (1883); Geyer, v. H. Rechtslexicon (Rückfall).

21) Anderer Mg. Mittermaier, zu Feuerbach §. 132a; Köstlin, System S. 621 ff.; Brauer, Gerichtssaal 1859 S. 374 ff.; Geib, Lehr-

nur vom Standpunct einer einseitigen, sondern gerade vom Standpunct der richtigen Strafrechtstheorie, da der Thäter durch die rechtlichen Folgen seiner früheren Handlung gewarnt war und deswegen die neue Begehung sich als eine größere Verschuldung darstellt. Nicht steht entgegen, daß der Rückfall möglicherweise durch die Mangelhaftigkeit des früheren Strafvollzuges mit veranlaßt ist; und völlig unrichtig ist es, daß die höhere Bestrafung des Rückfalls eine Verletzung des Grundsatzes „non bis in idem" enthalte. Ob und in welcher seiner Bedeutungen freilich der Rückfall als erschwerender Umstand im engeren Sinne oder Strafschärfungsgrund anerkannt werden solle, hängt von einer allgemeinen Schätzung ab, die nur Sache des Gesetzgebers sein kann.[22]).

b) Im römischen Recht nur bei bestimmten Delictsarten erwähnt und nur bei Gleichartigkeit der Verübung[23]), tritt uns der Rückfall auch in den mittelalterlichen Quellen nur bei einzelnen Delictsarten entgegen[24]), was freilich nicht ausschließt, daß derselbe in Wirklichkeit auch bei anderen Delictsarten berücksichtigt wurde. Von der Carolina aber ist sogar nicht völlig gewiß, ob in ihr derselbe auch nur bei einzelnen Delicts-

buch II S. 97; Hellweg, Gerichtssaal 1870 S. 68; Merkel, v. H. Handbuch II S. 560; v. Lilienthal, Kollectivdelict S. 90 ff.; Geyer, Rechtslexicon (Rückfall). Auch John, Entwurf mit Motiven S. 306 ff.; v. Stemann, Gerichtssaal 1871 S. 401 ff.; Schütze, Lehrb. S. 178, die aber Ausnahmen bei einzelnen Delictsarten, bezw. (v. Stemann) bei dem Uebergang zu einer anderen Strafart zugeben. — Richtig Wächter, Vorlesungen S. 271; Berner, Kritik S. 36; Hälschner, Kritik S. 73, Strafrecht I S. 551.

22) Nicht zutreffend ist die Deduction Berners, daß der Rückfall geeignet sei, das an sich schwerste Delict noch schwerer zu machen, da dies, wie mit Recht gesagt ist (vgl. Hellweg, Gerichtssaal 1870 S. 67) auf einen jeden Straferhöhungsgrund Anwendung findet.

23) Lex 3 §. 9 Dig. de re militari 49, 16; Lex 28 §. 3 Dig. de poenis 48, 19; Lex 4 Cod. de servis fugitivis 6, 1; Lex un. Cod. de superexactionibus 10, 20.

24) Erwähnt wird derselbe bei Diebstahl, Ehebruch und Gotteslästerung. Sofern die Strafen wesentlich in einer Zahlung an den Verletzten bestanden, war keine Veranlassung dieselbe beim Rückfalle zu steigern.

arten erwähnt ist[25]). Anders die gemeinrechtliche Praxis, die überwiegend den Rückfall als allgemeinen Strafschärfungsgrund ansah[26]). Ebenso die meisten neueren Gesetzgebungen[27]), die nur hinsichtlich der Voraussetzungen und Wirkungen des Rückfalls zum Theil sehr verschiedenartige Vorschriften enthielten[28]), bis das geltende Recht den Rückfall auf wenige Delictsarten beschränkt hat.

c) Als Delicte, bei welchen das geltende Recht den Rückfall als erschwerenden Umstand behandelt, erscheinen im St.G.B. selbst nur gewisse Vermögensdelicte[29]), nämlich der

25) Vgl. die vielbestrittenen Art. 161 und Art. 162 der Carolina, wo für den zweiten und dritten Diebstahl schwerere Strafen verhängt sind, was die Einen von dem Zusammentreffen noch unbestrafter Delicte, die Anderen vom Rückfall verstehen, sei es daß beide Artikel gleich verstanden werden oder noch wieder ein Unterschied zwischen beiden Artikeln gemacht wird. Richtig ist, beide jedenfalls auch vom Rückfall zu verstehen, wie aus der Bezeichnung „mehrer verläumdter Dieb“ in der Carolina“ im Vergleich mit dem Ausdruck „fur famosus“ in vorangegangenen und gleichzeitigen Quellen hervorgeht.

26) Freilich nicht ohne Ausnahme, wie z. B. Wächter, Vorlesungen S. 271 von der sächsischen Praxis berichtet.

27) So Preußen 1794, Bayern 1813, Württemberg 1839, Hannover 1840, Braunschweig 1840, Thüringen 1850, Preußen 1851, Sachsen 1855 und 1868, Oldenburg 1858. Anders freilich Hessen-Darmstadt 1841, Baden 1845, Oesterreich 1852, Bayern 1861, Hamburg 1869.

28) Begehung irgend eines Delictes ließen genügen Württemberg 1839, Hannover 1840, Thüringen 1850; Begehung eines ähnlichen Delictes (nach verschiedener Abgrenzung) verlangten Braunschweig 1840, Hessen-Darmstadt 1841, Baden 1845, Sachsen 1855 und 1868, Bayern 1861; Begehung des gleichen Delictes verlangten Bayern 1813, Preußen 1851, Oldenburg 1858, Hamburg 1859. Für die weiteste Regelung auch das englische und französische Recht, welche aber nach der Schwere der Delicte unterscheiden, der Code pénal so, daß sich wegen crime nur derjenige im Rückfall befindet, der früher zu wenigstens einem Jahr Freiheitsstrafe verurtheilt war. Aufgegeben ist in Frankreich der Standpunkt der dem Code vorangegangenen Gesetze, wonach durch den Rückfall contraventions zu délits, délits zu crimes gemacht werden sollten.

29) Als ob nicht auch Körperverletzung, Widersetzung, Beleidigung und noch manches andere Delict durch den Rückfall eine erhebliche

Diebstahl (§§. 244, 245), die Hehlerei (§. 261), der Betrug (§. 264) und der Raub (§. 250 Nr. 5)[30]), wozu auch nach den Nebengesetzen nur noch eine geringe Anzahl von Delicten hinzukommt[31]). Ueberdies ist nur bei dem schwersten dieser Delicte (dem Raub) schon der erste, bei den übrigen Delicten erst der zweite Rückfall für maßgebend erklärt.

d) Was aber die Art des früher begangenen Delictes betrifft, so hat sich das geltende Recht dahin entschieden, daß in dieser Beziehung theils Gleichheit, theils Aehnlichkeit des früheren mit dem späteren Delicte verlangt wird. Ersteres bei Betrug und Hehlerei, Letzteres bei Raub und Diebstahl, und zwar in der Art, daß beim Raub dem Raube selbst diejenigen Fälle gleichgestellt wurden, welche „gleich einem Raube" gestraft werden sollen[32]), beim Diebstahl aber neben dem Diebstahl selbst noch die Hehlerei, der Raub und jene dem Raube gleichgeachteten Fälle genannt sind[33]). Trat aber zwischen der früheren und der neuen Verübung ein Wechsel der Gesetzgebung ein, so kann es nicht genügen, daß sich der frühere Fall nach dem früheren Gesetz als das betreffende Delict, z. B. als Diebstahl darstellt. Vielmehr ist erforderlich, daß der frühere Fall auch nach dem geltenden Recht als das be-

Steigerung erfahren könnte! Nur die Weite des Strafrahmens bei den meisten Delicten macht die Beschränkung des Rückfalls auf so wenige Delicte erträglich.

30) Als ob nicht bei Sachbeschädigung, Jagdvergehen, Bankerott und dergl. das Gleiche der Fall wäre!

31) Vgl. Vereinszollgesetz §§. 140—143; Salzsteuergesetz §. 12; Rübenzuckersteuergesetz von 1870 (preuß. Verordnung vom 7. August 1846 §§. 19, 20, 25), Brausteuergesetz §§. 33, 34; Tabaksteuergesetz §§. 37—39; Postgesetz §. 28. Eine ausdrückliche Bestimmung gegen die Behandlung des Rückfalls als Strafschärfungsgrund hielt für nöthig das Urhebergesetz von 1870 §. 23.

32) Vgl. die in §§. 252 und 255 genannten, dem Raube gleichgestellten Fälle von Diebstahl und Erpressung.

33) Ein Fehler des Gesetzes liegt darin, daß der im Rückfall verübte räuberische Diebstahl (§. 252) gerade seiner Gleichstellung mit dem Raube wegen nicht so schwer gestraft werden kann, wie er als Diebstahl im Rückfall würde gestraft werden können; Reichsgericht III 29. April 1882.

treffende Delict erscheint[34]). Ja, es ist genügend, daß der betreffende Fall nach der Auffassung des geltenden Rechts sich als das betreffende Delict darstellt, wenn auch das frühere Recht den Fall als ein Delict anderer Art ansah[35]). Unwesentlich aber ist es, ob die frühere Aburtheilung gerichtlich oder etwa (nach früherem Prozeßrecht) polizeilich erfolgte, ob sie von einem Civil- oder von einem Militärgericht ausging.[36]) Unwesentlich ist ferner[37]), ob das frühere, bezw. das neue Delict vollendet war oder nur versucht wurde, sowie ob Thäterschaft oder Theilnahme vorliegt[38]), sowie endlich ob das betreffende Delict selbständig oder nur im idealen Zusammentreffen mit einem anderen begangen wurde.

e) Was ferner die Art und Weise betrifft, wie der Thäter wegen des früheren Delictes zur Verantwortung gezogen sein muß, so soll nach dem geltenden Recht in dieser Beziehung nicht frühere Verurtheilung genügen, vielmehr muß derselbe wegen des Delicts bestraft sein[39]), wobei aber abweichend vom früheren gemeinen Recht und ältern Gesetzen[40]) theilweise Bestrafung für hinreichend erklärt ist, wonach bei Freiheitsstrafen der Antritt der Strafe genügt. Der Verbüßung

34) Seeger, Abhandlungen II, S. 158 ff.; Merkel, v. Holtzendorff Handbuch III S. 688, Rechtslexicon (Diebstahl). Anderer Mg. (Goltdammer), Goltd. Archiv 1854 S. 384 ff.; Oppenhoff, N. 5 zu § 244; Schwarze, N. 4 zu §. 244; auch Reichsgericht I 15. März 1886.

35) Merkel, v. H. Handbuch III S. 688.

36) Reichsgericht III 12. Januar 1881, III 27. März 1884.

37) Preußen 1851 enthielt hierüber eine ausdrückliche Vorschrift, die nur als selbstverständlich weggelassen wurde.

38) Anderer Mg. in Beziehung auf die Beihülfe Wächter, Vorlesungen S. 435. Richtig Reichsgericht I 23. Sept. 1880, III 29. Sept. 1880, II 3. März 1882. Der Theilnahme steht gleich die vorher zugesagte Begünstigung. Anderer Mg. v. Liszt, S. 199; richtig Reichsgericht II 8. Juni 1883.

39) Anders Württemberg 1839; Baden 1845, Preußen 1851, Bayern 1861, welche sich mit der früheren Verurtheilung begnügten. Ebenso auch im geltenden Recht das Vereinszollgesetz §§. 140, 146. Für vorangegangene Bestrafung Wächter, Vorlesungen S. 272.

40) Bayern 1813.

der Strafe ist gleichgestellt der Erlaß derselben im Wege der Gnade[41]).

f) Dabei muß die frühere Verurtheilung im Inlande erfolgt sein[42]), d. h. von einem inländischen Gerichte, wenn auch wegen eines im Auslande begangenen Delictes. Auch ist nicht ausgeschlossen, daß die in ihr ausgesprochene Strafe im Auslande verbüßt ist. Als Inland aber erscheinen sowohl solche Landestheile, welche zur Zeit der früheren Aburtheilung noch nicht zum Inlande gehörten[43]), als auch solche, welche inzwischen abgetrennt sein sollten[44]).

g) Da aber auch hier dem Ablauf der Zeit eine tilgende Wirkung zukommt, so hat auch das geltende Recht sich für die Möglickheit einer Rückfallsverjährung erklärt[45]), d. h. es darf zwischen den verschiedenen Fällen nicht mehr als eine bestimmte Zeit verflossen sein, die im geltenden Recht auf zehn Jahre bestimmt ist[46]). Und zwar kommt in dieser Beziehung in Betracht nicht die Zeit zwischen der früheren und der neuen Verübung; vielmehr ist es die Zeit zwischen der früheren Bestrafung, und zwar dem Ende derselben, und der

41) Gegen diese Bestimmung Geyer, Rechtslexicon (Rückfall). Ohne Grund nimmt die Amnestie aus Fuld, Goltd. Archiv 1883 S. 245.

42) Ebenso Preußen 1851 (allgemein), Württemberg 1839 (mit Ausnahme bestimmter Delicte). Gegen diese Bestimmung Wächter, Vorlesungen S. 272; v. Bar, Gerichtssaal 1883 S. 591 f. und die sog. Münchener Beschlüsse, daselbst S. 570. — Noch erheblich weiter geht der Code pénal, der einen Rückfall bei Uebertretungen nur dann annimmt, wenn die frühere Verurtheilung in demselben Gerichtsbezirke erfolgte.

43) Anderer Mg. v. Stemann, Gerichtssaal 1871 S. 413 ff.; Harburger, der strafrechtliche Begriff des Inlandes S. 47 ff., 80 ff.; und die früheren Auflagen dieses Buches. Richtig u. A. Merkel, Rechtslexicon (Diebstahl); Geyer, Rechtslexicon (Rückfall).

44) Harburger, Inland S. 52; Geyer, Rechtslexicon (Rückfall).

45) Ebenso Württemberg 1839, Preußen 1851, Sachsen 1855 und 1868, Oldenburg 1858, Bayern 1861, wogegen dem früheren gemeinen Recht und dem französischen Recht (abgesehen von Uebertretungen) eine Rückfallsverjährung unbekannt war.

46) Kürzere Fristen haben das Postgesetz und die Zoll- u. Steuergesetze (3 Jahr).

neuen Verübung, auf welche es ankommt. Doch ist dies in denjenigen Fällen, in welchen nicht schon der erste, sondern erst der zweite Rückfall für maßgebend erklärt ist, nur auf die Zeit zwischen der letzten Bestrafung und der neuesten Verübung, nicht auch auf das Verhältniß der früheren Fälle zu einander zu beziehen [47]).

b) Dabei ist die strafschärfende Wirkung des Rückfalls nicht in das richterliche Ermessen gestellt, sondern dem Richter geboten; mit anderen Worten: dem Rückfall ist die Bedeutung eines obligatorischen, nicht bloß facultativen Strafschärfungsgrundes gegeben [48]). Dies aber mit Unrecht, und zwar einmal aus dem schon angeführten Grunde, daß der Thäter bei der neuen Begehung sich nicht der Strafbarkeit seiner Handlung bewußt zu sein braucht, und sodann, weil dem Rückfalle Strafminderungsgründe gegenüber stehen können, durch welche das Gewicht desselben als aufgehoben erscheint.

3) Was ferner die mildernden Umstände betrifft, so werden im geltenden Recht bei den einzelnen Delictsarten als solche verwendet: die Aufregung, in welcher die That verübt wurde [49]), — der besondere Anreiz, aus welchem die That hervorging [50]), — die bedrängte Lage, in welcher der Thäter sich befand [51]), — die Einwilligung, welche der Verletzte ertheilte [52]), — die freiwillige Abwendung eines größeren Schadens [53]). Abweichend von den erschwerenden Umständen hat das Gesetz aber hier auch gewisse allgemeine Gründe der Strafänderung aufgestellt, d. h. solche Gründe, aus denen

47) Anderer Mg F. Meyer, N. 2 zu §. 245. Richtig Reichsgericht I 4. März 1880, III 29. März 1880 Anders Preußen 1851 und Vereinszollgesetz §§. 141, 142 Absatz 3 (Reichsgericht III 7—11. October 1882) und de lege ferenda Hälschner, deutsches Strafrecht I S 555.

48) Anders Thüringen 1850, Preußen 1851, Oldenburg 1858.

49) St.G.B. §§. 212, 213; vgl. auch §§. 199, 232.

50) St.G.B. §. 213.

51) St.G.B. §§. 148, 157 Nr. 132, 217, 313 Absatz 2.

52) St.G.B. §. 216 (wo übrigens das Verlangen des Verletzten genannt ist).

53) St.G.B. §. 158.

dasselbe ein Hinabgehen unter das regelmäßige Mindestmaß der Strafe zuläßt oder gebietet. Hierhin gehört mit Recht nicht der „Mangel am Thatbestand", der unlogischer Weise als allgemeiner Milderungsgrund geltend gemacht wurde [54]). Oder die Verübung der That in der Absicht bestraft zu werden, die man als allgemeinen Milderungsgrund glaubte auffassen zu müssen [55]). Der einzige allgemeine Milderungsgrund, welchen das geltende Recht, neben sog. unbestimmten mildernden Umständen, anerkennt, ist vielmehr das jugendliche Alter, woneben aber auch der sog. verminderten Zurechnungsfähigkeit, dem annähernden Nothstand [56]) und endlich wohl auch dem annähernden Ablauf der Verjährungsfrist [57]) die Wirkung eines allgemeinen Milderungsgrundes ertheilt werden sollte. Einer genaueren Erörterung bedarf

a) die sog. verminderte oder geminderte Zurechnungsfähigkeit (vgl. oben Seite 185 f.), die mit Recht sowohl im früheren gemeinen Recht als in den meisten neuern Gesetzgebungen als allgemeiner Strafmilderungsgrund [58]) anerkannt war, da dieselben Zustände, welche, wenn in höherem Grade vorhanden, die Zurechnungsfähigkeit ausschließen, in geringerem Grade vorhanden eine Verminderung der Schuld begründen und zwar möglicherweise in solchem

54) Nämlich von Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 97; eine Ansicht, der nur wenige beitraten.

55) Vgl. Mittermaier, Archiv 1829 S. 696, wo diese Ansicht widerlegt wird.

56) So nicht nur die gemeinrechtliche Lehre, sondern auch einzelne neuere Gesetze, so Sachsen 1855 u. 1868 Art. 96. Dafür Merkel, v. H, Handbuch II S. 563.

57) So Württemberg 1839 Art. 113 (Ablauf von zwei Drittheilen). Dafür Geyer, v. H. Encyclopädie S. 916.

58) Vgl. für das frühere gemeine Recht Wächter, Vorlesungen S. 274 und speciell hinsichtlich der Trunkenheit lex 6 §. 7 Dig. de re mil. 49, 16; lex 17 Dig. de custodia reorum 48, 3. Ferner Braunschweig 1840, Hessen-D. 1841, Baden 1845, Sachsen 1855 u. 1868, Bayern 1861 (nicht Preußen 1851). Ebenso noch Entwurf I des Reichs-St.G.B., der im Falle verminderter Zurechnungsfähigkeit die Strafen des Versuches zur Anwendung brachte.

Maße, daß hierfür die Grenzen der Strafzumessung nicht als ausreichend erscheinen[59]). Besonders fühlbar muß der Mangel dieses Milderungsgrundes allerdings bei den absoluten Strafandrohungen des geltenden Rechtes erscheinen, wonach z. B. bei einem in geistiger Depression verübten Mord es sich immer nur um Todesstrafe oder Freisprechung handelt, während die Verschuldung stufenweise von der höchsten Strafwürdigkeit bis zum Nullpunkt herabsteigt. Wohl aber ist im geltenden Recht als allgemeiner Strafmilderungsgrund anerkannt

b) das jugendliche Alter[60]), in welcher Hinsicht[61]) aber nicht, wie nach dem früheren gemeinen Recht[62]) und früheren Landesgesetzen das Alter der Minderjährigkeit genannt[63]), auch nicht, wie ebenfalls nach älteren Gesetzen, eine doppelte Grenze gesetzt[64]), sondern das 18. Lebens-

59) Anderer Mg. Hälschner, preuß. Strafrecht I S. 119, deutsches Strafr. I S. 226; Jessen, Zurechnungsfähigkeit S. 13; Berner, Kritik S. 20; John, Entwurf S. 268, Beurtheilung S. 22; Schaper, v. H. Handbuch II S. 158. — Richtig Köstlin, System S. 587 ff.; Mittermaier, Goltd. Archiv 1859 S. 172; Wächter, sächs. thür. Strafrecht S. 332 f.; Vorles. S. 274; Merkel, Verhandlungen des Juristentags 1870, v. Holtz. Handbuch II S. 563 ff.; Roenne, Zurechnungsfähigkeit S. 32; v. Bar, Z. von Grünhut 1876 S. 45 ff.; Geyer, allg. Thatbestand S. 9; v. Holtz. Jahrbücher III S. 359, Rechtslexicon (Strafmilderungsgründe); v. Liszt, Lehrb. S. 138 f.

60) Ruhstrat, Gerichtssaal 1871; Fuchs, Strafrechtszeitung 1871; Teichmann, daselbst 1871; John, daselbst 1872; Merkel, v. H. Handb. II S. 560 ff.; Ortloff, Goltd. Archiv 1873, Gerichtssaal 1874; Baumert, die Zurechnungsfähigkeit und Bestrafung jugendlicher Personen Breslau 1879 S. 45 ff.; Thomsen, Gerichtssaal 1877 S. 539 ff.

61) Anerkennung auch des hohen Alters als Milderungsgrund verlangt Geyer, Rechtslexicon (Altersstufen).

62) Das römische Recht erwähnte allerdings nur die impuberes und ebenso die Carolina (beim Diebstahl) nur das Alter unter 14 Jahren. Da jedoch die Carolina auch allgemein von der „Jugend“ als Milderungsgrund spricht (Art. 175, 179), so wurde dies von der Praxis auf Minderjährige gedeutet, wobei auch auf L. 37 §. 1 und L. 9 §. 5 Dig. de minoribus 4, 4 Bezug genommen wurde. Vgl. Wächter, Vorlesungen S. 275.

63) Hierfür Geyer, Grundriß I S. 102.

64) So Hessen-D. 1841 (16 und 18 Jahr).

jahr[65]), also dasselbe Alter, wie (vgl. oben Seite 184 f.) hinsichtlich der Feststellung der Zurechnungsfähigkeit, genannt ist[66]). Und zwar ist entscheidend das Alter zur Zeit der That, was auch hier von der Vollziehung der strafbaren Thätigkeit, und zwar in diesem Falle von der letzten strafbaren Thätigkeit zu verstehen ist. Die Strafermäßigungen selbst[67]) bestehen hauptsächlich darin, daß gegen Jugendliche niemals auf Todesstrafe, Zuchthausstrafe, lebenslängliche Freiheitsstrafe, Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und Zuläßigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden kann[68]); daß nur bis zur Hälfte des Höchstbetrages der angedrohten Strafe hinauf[69]) und stets bis auf den Mindestbetrag der angedrohten Strafart herabgegangen werden kann. Dabei ist als zu ermäßigende Strafe diejenige zu betrachten, welche abgesehen vom jugendlichen Alter nach allen Umständen des besonderen Falls (in concreto) zu erkennen sein würde, wonach bei Versuch und Theilnahme eine doppelte Ermäßigung eintritt[70]). Ausgeschlossen ist das jugendliche Alter als Milderungsgrund im Militärstrafrecht (Mil.-St.G.B. §. 50), was thatsächlich wenig bedeutet, außerdem aber auch nach einigen landesrechtlichen Nebengesetzen, so nach dem preußischen (§. 10), nicht auch nach dem württemberg. Forststrafgesetz. Vgl. jedoch oben Seite 147 Anm. 9. Ueber das Zusammentreffen von jugendlichem Alter und mildernden Um-

65) 16 Jahr hatten der Code pénal, Bayern 1813 und 1861, Württemberg 1839, Thüringen 1850, Hessen-D 1841, Preußen 1851; — 18 Jahr Baden 1845, Thüringen 1850, Sachsen 1855 u. 1868; — 20 Jahr Braunschweig 1840, Oesterreich 1852.

66) Ausnahmsweise werden Personen unter 18 Jahren gänzlich mit Strafe verschont; St.G.B. §. 177 Nr. 4.

67) Sie sind nicht nur zugelassen, sondern geboten. Anders das frühere gemeine Recht entsprechend dem Satze „malitia supplet aetatem".

68) Wohl auf Eidesunfähigkeit (St.G.B. § 161); Reichsgericht I 29 Juni 82.

69) So auch, wenn im Gesetze das Mehrfache einer bestimmten Summe als Strafe gedroht ist. Reichsgericht III 24. März 1880.

70) Besteht die Strafe des Delictes in Zuchthaus von 1 bis 5 Jahren, so ist auf Gefängniß von 1 Tag bis zu 2 Jahren und $5^1/_2$ Monat zu erkennen. Anders Olshausen Nr. 8 zu §. 57; richtig Geyer, v. H. Handb. IV S. 105, Grundriß I S. 174.

ständen siehe oben Seite 455[71]). — Aufnahme in das geltende Recht haben ferner gefunden

c) die unbestimmten mildernden Umstände, „mildernde Umstände" als solche[72]), d. h. diejenige Einrichtung, wonach aus unbestimmten, im Gesetze nicht angegebenen Gründen ein Hinabgehen unter das regelmäßige Minimum der Strafe gestattet, bzw. geboten sein soll. Zuerst in Frankreich eingeführt zur Milderung der Härten des Code pénal[73]), ist diese Einrichtung in verschiedene deutsche Gesetze und insbesondere in das preußische St.G.B. herübergenommen worden[74]), aus welchem dieselbe in das Reichs-St.G.B. gelangt ist. Während dieselbe aber in Frankreich bei allen Delictsarten zugelassen ist, ist dieselbe im preußischen, wie im Reichs-St.G.B. auf eine größere Zahl von Delictsarten beschränkt worden, unter denen vorwiegend Verbrechen[75]), aber auch einzelne Vergehen erscheinen. Ihrem Wesen nach nicht von den Strafzumessungsgründen verschieden, sind dieselben dennoch gerechtfertigt[76]), da durch sie eine doppelte Begrenzung der Strafzumessung

71) Dieselbe Strafmilderung wie für das jugendliche Alter hat das belgische St.G.B. auch für die Taubstummen (vgl. oben Seite 185).

72) Vgl. Burghart, Gerichtssaal 1852 II S. 449 ff.; John, Kritik S. 63 ff.; Entwurf S. 167 ff., Strafproceßordnung S. 486 f.; Goltdammer, Goltd. Archiv 1857 S. 222 ff.; Zimmermann, Gerichtssaal 1871; v. Schwarze, daselbst 1874; Merkel, v. H. Handb. II S. 563 ff.; v. Wächter, Beiträge S. 58 ff.; Motive zu Entwurf I S. 111 ff.; Petersen, Goltd. Archiv 1884 S. 201 ff.

73) Vgl. schon Code pénal Art. 463, daß, wenn bei délits der Schaden unter 25 fcs. und „les circonstances paraissent atténuantes", u.s.w. Dann Gesetz vom 28. April 1832 und nunmehr Gesetz vom 13. Mai 1863.

74) Vgl. auch Braunschweig 1840 und Oesterreich 1852, welche bei dem Zusammentreffen vieler und bedeutender Strafminderungsgründe Strafmilderung gestatten. Nicht aufgenommen wurden die mildernden Umstände (nach längeren Streitigkeiten, vgl. oben Seite 109 Anm. 29) in Bayern 1861.

75) Nicht anerkannt sind mildernde Umstände bei Mord, Hochverrath, Brandstiftung, Meineid, Nothzucht.

76) Anderer Mg. die Meisten, insbesondere Wächter, Beiträge S. 58 ff.; John, Entwurf S. 170 ff.; Merkel, Verhandlungen des Juristentags 1874; Geyer, Grundriß I S. 171, Rechtslexicon (Straf-

hergestellt wird[77]), welche geeignet ist einer angemessenen Strafzumessung als Anhalt zu dienen. Vermieden wird nämlich dadurch, daß das Gericht bei ungenügenden Grundlagen der Strafzumessung gezwungen ist auf eine besonders niedrige Strafe zu erkennen, vielmehr befugt ist bei dem regelmäßigen Mindestmaß der Strafe zu bleiben. Statt also aus einer schwächlichen Milde hervorzugehen, ist die Einrichtung umgekehrt im Stande einer strengen Rechtspflege Vorschub zu leisten[78]). Die rechtliche Wirkung der mildernden Umstände ist insofern verschieden, als sie bei Verbrechen für obligatorisch, bei Vergehen bald für obligatorisch, bald für facultativ[79]) erklärt, d. h. in das Ermessen des Gerichtes gestellt ist. Ebenso wie die Strafzumessungsgründe (vgl. oben S. 450), so können auch die „mildernden Umstände“ in solchen Thatsachen, die der Verübung vorangehen, oder in solchen, die sie begleiten, oder in solchen, die ihr nachfolgen, bestehen[80]). Etwas Anderes ist,

milderungsgründe); Hälschner I S. 652; Schütze, Gerichtssaal 1883 S. 119; Hhrehorowicz, Grundbegriffe S. 371; Mittelstädt, Z. für Strafr.wiss. 1882 S. 447. — Richtig Berner, Kritik S. 42 f., Lehrbuch S. 265 ff.; Wahlberg, Z. von Grünhut 1878 S. 537.

77) Genau genommen müßte eine solche auch nach oben hin aufgestellt werden.

78) Eine andere Frage ist freilich, ob die Feststellung der mildernden Umstände den Geschworenen zugewiesen werden soll, wie dies im jetzigen Strafverfahren der Fall ist (vgl. St P.O. §. 297), oder ob über dieselben besser der Gerichtshof entscheidet, eine Frage, bei welcher ebenfalls zwischen dem principiellen Standpunct und Nebenrücksichten zu unterscheiden ist. Während nämlich vom principiellen Standpunct aus kein Zweifel sein kann, daß die Feststellung der mildernden Umstände nicht zur Schuld-, sondern zur Straffrage gehört und daher dem Gerichtshof zufallen würde, erhebt sich dennoch die Frage, ob die Nichtjuristen nicht auch an der Strafzumessung betheiligt werden sollen, wofür freilich die Form des Schöffengerichts die richtigere sein würde. Vgl. H. Meyer, die Frage des Schöffengerichts geprüft an der Aufgabe der Geschworenen Erlangen 1873 S. 39 f.

79) Jenes St.G.B. §§. 113, 114, 117, 128, 223 Absatz 2, 223a; Actiengesetz Art. 249 a—d. Dieses St.G.B. §§. 187, 189, 246, 263, 333, 340; Seem. O. §§. 87, 89, 90. Letzteres war das System des St.G.B., das aber durch die Novelle von 1876 verlassen wurde.

80) (Goltdammer) Goltd. Archiv 1857 S. 229; Hälschner, d. Strafrecht I S. 649.

daß bei einigen Delictarten (§§. 94, 96) für „leichtere“ oder „minder schwere“ Fälle eine geringere Strafe gedroht ist, was auf eine geringere objective Schwere der daselbst genannten „Thätlichkeiten“ zu beziehen ist[81]).

§. 58 (65).

Die Strafumwandlung und die Strafanrechnung.

1) Eine Strafumwandlung[1]) (auch Strafverwandlung genannt) liegt dann vor, wenn aus Gründen, die von der vorliegenden Verschuldung unabhängig sind, an die Stelle der verwirkten Strafe eine andere gesetzt wird, sei es, daß dies schon im Urtheil geschieht oder erst bei der Strafvollstreckung. Eine solche findet nach dem geltenden Recht nicht statt, wenn der Schuldige dasjenige Rechtsgut, welches ihm aberkannt werden soll, nicht mehr besitzt[2]), in welchem Falle das geltende Recht vielmehr auf Bestrafung verzichtet; oder deßwegen, weil es an den äußeren Bedingungen der Strafvollstreckung fehlt[3]), da das geltende Recht voraussetzt, daß diese vorhanden sind oder hergestellt werden können; und ebensowenig aus Gründen, die in der Persönlichkeit des Beschuldigten liegen[4]), da das geltende Recht annimmt, daß auf diese Unterschiede innerhalb der einzelnen Strafart genügende Rücksicht genommen

81) Nicht richtig also wäre es, hier die gleichen Grundsätze wie bei „mildernden Umständen“ zur Anwendung zu bringen; z B. haben darüber nicht die Geschwornen, sondern der Gerichtshof zu entscheiden.

1) Abegg, Untersuchungen S. 1 ff.; (Goltdammer) Goltd. Archiv 1862 S. 805 ff.; Geyer, Rechtslexicon (Strafverwandlung).

2) Anders das römische Recht, Lex 35 Dig. de injuriis 47, 10; auch Württemberg 1839 Art. 51.

3) Anders die Carolina Art. 131, die eine Umwandlung der Strafe des Ertränkens vorschreibt, wenn es an der „Bequemlichkeit des Wassers“ fehlt; sowie ältere Landesgesetze, die eine Umwandlung der Freiheitsstrafe in eine andere Strafe bei Ueberfüllung der Strafanstalten gestatten.

4) Anderes frühere Gesetze, welche (wie Bayern 1813, Hannover 1840) mit Rücksicht auf Alter, Geschlecht und körperlichen Zustand die Umwandlung einer schwereren Freiheitsstrafe in eine leichtere vor-

werden könne[5]). Eine Ausnahme macht nur das jugendliche Alter, für welches auch das geltende Recht (siehe oben Seite 466 f.) besondere Strafarten, bzw. eine besondere Art des Strafvollzuges vorschreibt. Wohl aber findet auch nach dem geltenden Recht eine Strafumwandlung statt

a) im Falle einer nicht vollstreckbaren Geldstrafe, die nach älterem Recht sogar in Leibes- und Lebensstrafe umgewandelt werden konnte[6]) und an deren Stelle nach neuerem Rechte (St.G.B. §. 28) verhältnißmäßige Freiheitsstrafe gesetzt wird[7]). Der oft beklagten Ungerechtigkeit dieser Einrichtung steht ihre Unentbehrlichkeit gegenüber. Und zwar ist die Geldstrafe je nach der Verschiedenheit der Fälle in Haft oder in Gefängnißstrafe oder in Zuchthausstrafe zu verwandeln; in Haft, wenn es sich um eine Uebertretung handelt oder um ein Ver-

schrieben oder (wie die oben Seite 412 genannten) mit Rücksicht auf den Stand oder Bildungsgrad des Schuldigen die Umwandlung einer gewöhnlichen Freiheitsstrafe in Festungshaft oder (wie Oesterreich 1852) aus Rücksicht auf die Erwerbsverhältnisse des Schuldigen die Umwandlung einer längeren Freiheitsstrafe in eine kürzere (schwerere) oder (wie Preußen 1794 und Oesterreich 1852) aus demselben Grunde die Umwandlung einer Freiheitstrafe in Geldstrafe zuließen. Vgl. auch die preußische Instruction vom 30. Juni 1834, welche nach Erlaß des Reichs-St.G.B. nicht mehr als gültig angesehen werden konnte; a. Mg das preuß. Obertribunal (Goltd. Archiv 1872 S. 375).

5) Vgl. jedoch Militär-St.G.B. §. 27, der die Verwandlung des strengen Arrestes in mittleren Arrest aus Gründen des körperlichen Zustandes vorschreibt.

6) So im römischen Recht (L. 1 §. 3 Dig. de poenis 48, 19; L. 4 Cod. de servis fugitivis 6, 1; L 6 Cod. de sepulcro violato 9, 19; L. 9 Dig. de incendio 47, 9; L. 20 §. 12 Dig. de poenis 48, 19; L. 7 §. 3 Dig. de jurisdictione 2, 1) und im älteren deutschen Recht (vgl. oben Seite 76).

7) Für Substituirung einer Arbeitsstrafe bezw. Abverdienen durch freiwillig geleistete Arbeiten v. Holtzendorff (mehrfach, u. A. Gutachten über den russischen Entwurf Petersburg 1884 S. 4); Geyer, v. H. Encyclopaedie S. 918; Schmoelder, die Strafen des St.G.B. S. 49. — Vgl. auch Einf.-G. zum St.G.B §. 6 Absatz 2 und das preußische und badische (nicht auch das bayerische und württembergische) Forststrafgesetz; preuß. Forstdiebstahlgesetz §. 14.

gehen in geringeren Fällen[8]), in Gefängniß bei Vergehen in den übrigen Fällen, endlich in Zuchthaus bei Verbrechen oder wenn wegen eines anderen Delictes auf Zuchthaus erkannt wird Dabei kann in diesem Falle auch auf weniger als einen Monat Zuchthaus erkannt werden (vgl. oben Seite 415). Voraussetzung ist, daß die Geldstrafe „nicht beizutreiben" ist, was von einem vergeblichen Versuche ihrer Vollstreckung zu verstehen ist, übrigens nicht ausschließt, daß schon im Urtheil für den Fall ihrer Nichtvollstreckbarkeit an die Stelle der Geldstrafe eine Freiheitsstrafe gesetzt wird. Ist die Geldstrafe nur theilweise unvollstreckbar, so findet auch nur für diesen Theil eine Umwandlung statt. — Was aber den Maßstab betrifft, nach welchem die Umwandlung stattfinden soll, so ist derselbe im geltenden Recht mit Recht nicht absolut, sondern in relativer Weise bestimmt worden[9]), und zwar dahin, daß der Betrag von drei (bezw. bei Uebertretungen von einer) Mark bis zu fünfzehn Mark einer eintägigen Freiheitsstrafe gleichgestellt sein soll, was natürlich so zu verstehen ist, daß irgend ein zwischen jenen Grenzen liegender Betrag einem Tage Freiheitsstrafe gleichgestellt werden kann[10]). Doch soll die an die Stelle einer Geldstrafe tretende Freiheitsstrafe bei Uebertretungen niemals den Betrag von sechs Wochen, bezw. (im Falle des Zusammentreffens) von drei Monaten, und in den übrigen Fällen den Betrag von einem Jahre, bezw. (im Falle

8) Wenn nämlich (St.G.B. §. 28 Abs. 2) auf das Vergehen Geldstrafe allein oder Geldstrafe an erster Stelle oder wahlweise neben Haft gesetzt ist und nicht auf eine höhere Geldstrafe als 600 Mark erkannt ist (sei es wegen eines einzelnen oder mehrerer Delicte, Reichsgericht II 27. Jan. 1882 und I 2. Januar 1883).

9) Ebenso Württemberg 1839 (ein bis vier Gulden gleich einem Tage); dagegen Bayern 1813 (fester Satz von 25 Gulden für acht Tag). Maßgebend für die Relativität ist insbesondere, daß die Geldstrafe ihrerseits mit Rücksicht auf die Vermögensverhältnisse des Schuldigen höher als niedriger angesetzt war.

10) Anders merkwürdiger Weise Rubo, Nr. 2 zu §. 29, und Binding, Grundriß 2. Aufl. S. 143 (richtig 3. Aufl. S. 172), welche annehmen, daß jedesmal der Betrag von 15 Mark einem Tage Freiheitsstrafe gleichgestellt sein solle.

des Zusammentreffens) von zwei Jahren übersteigen[11]), wozu noch eine besondere Vorschrift über die wahlweise mit einer Freiheitsstrafe gedrohte Geldstrafe hinzukommt[12]). Von der schon angetretenen Freiheitsstrafe kann sich der Verurtheilte durch nachträgliche Erlegung des Restes der Freiheitsstrafe befreien (§. 28 Absatz 4). — Besondere Vorschriften über die Umwandlung sind zum Theil in den Nebengesetzen getroffen[13]). Und besondere Grundsätze gelten endlich auch für die Umwandlung einer als Ungehorsamsstrafe, Ordnungsstrafe oder Disciplinarstrafe verhängten Geldstrafe, die entweder ganz ausgeschlossen ist oder sich nur aus der wahlweisen Androhung von Freiheitsstrafe ergiebt, auf die aber die Grundsätze über die Umwandlung von Criminalgeldstrafen in Freiheitsstrafe nur dann Anwendung finden, wenn dies[14]) ausdrücklich bestimmt ist.

b) Bei dem Zusammentreffen verschiedenartiger Freiheitsstrafen, in welchem Falle die leichtere Strafart in die schwerere verwandelt werden soll unter entsprechender Verkürzung ihrer Dauer (St.G B. §. 21)[15]). Doch sind hiervon Ausnahmen gemacht[16]) für die Haft und die Festungshaft, und

11) St.G.B. §. 29 Absatz 2, §. 78 Absatz 2. Der Höchstbetrag von zwei Jahren bezieht sich auch auf den Fall, wenn es sich um Geldstrafe für Vergehen und Uebertretungen handelt. Anderer Mg. Olshausen, der in diesem Falle bis zu 2 Jahren Gefängniß und 3 Monat Haft hinaufgeht. Richtig Geyer, Rechtslexicon (Strafverwandlung).

12) Nämlich dahin (St.G B. §. 29 Absatz 2), daß in diesem Falle die substituirte Freiheitsstrafe nicht höher sein dürfe als das wahlweise gedrohete.

13) In einigen (Urhebergesetze, Wechselsteuergesetz, Börsensteuergesetz) in der Art, daß eine Umwandlung für unzulässig erklärt ist; in anderen (Vereinszollgesetz, Gewerbeordnung, Urhebergesetze, Postgesetz, verschiedene Steuergesetze) in der Art, daß ein anderer Maßstab der Umwandlung, bezw. ein anderer Höchstbetrag der Freiheitsstrafe bestimmt ist; in noch anderen (Postgesetz, preuß Forstdiebstahlgesetz) in der Art, daß eine abweichende Vorschrift über die Art der zu substituirenden Freiheitsstrafe ertheilt ist

14) Wie z. B. im Brausteuergesetz §. 39, Spielkartengesetz §. 17 und im Tabaksteuergesetz §. 44.

15) Gegen diese Einrichtung (mit Unrecht) Geyer, v. Holtz Encyclopädie S. 918.

16) Ein Grund für diese Ausnahmen ist nicht ersichtlich.

zwar für die erstere insofern, als ihre Umwandlung niemals, für die letztere insofern, als ihre Umwandlung nur neben der Zuchthausstrafe, nicht auch neben der Gefängnißstrafe[17]) für zuläßig erklärt ist;

c) in dem Falle, wenn aus besonderen Gründen, wie vor Allem[18]) beim Versuch und bei der Theilnahme (Beihülfe) unter den Mindestbetrag der Zuchthausstrafe hinabgegangen werden müßte, in welchem Falle auf entsprechende Gefängnißstrafe erkannt werden soll (St.G.B. §. 44 Absatz 4, §. 43 Absatz 2);

d) insofern, als das Gesetz unter Umständen die Umwandlung der Einziehung einzelner Gegenstände in Geldstrafe vorschreibt; vgl. St.G.B. §. 335[19]).

2) Eine Strafanrechnung liegt dann vor, wenn dem Thäter die ganze verwirkte Strafe oder ein Theil derselben erlassen wird aus Anlaß eines sonstigen von demselben erlittenen Nachtheils. Nicht gehört hierhin der Fall der sog. Retorsion, da die in demselben zugelassene sog. Strafencompensation (vgl. oben Seite 376 f.) vielmehr aus einem anderen Grunde gerechtfertigt erscheint[20]). Wohl aber würde hierhin gehören der Erlaß der verwirkten Strafe auf Grund einer zu Unrecht erlittenen Strafe, eine Art der Anrechnung, die dem römischen Rechte bekannt war[21]), im heutigen Recht aber nicht vorkommt. Wohl aber gehört hierhin

a) die Anrechnung der Untersuchungshaft auf die zu erkennende Strafe (St.G.B. §. 60), die schon von der ge-

17) Auch dann nicht, wenn der Beschuldigte schon früher Zuchthausstrafe erlitten hatte oder zum Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte verurtheilt worden war.

18) Vgl. außerdem St.G.B. §. 157 Absatz 2 und dazu Reichsgericht I 20. Mai 1881.

19) Vgl. außerdem Salzsteuergesetz §. 11; Vereinszollgesetz §§. 147, 154, 155; Preßgesetz §. 16; Socialistengesetz §§. 20, 21; Gesetz vom 17. Juli 1881 (betreffend die Bestrafung von Zuwiderhandlungen gegen die österreichisch-ungarischen Zollgesetze) §. 4.

20) Anderer Mg. v. Liszt, Lehrb. S. 273, der dieselbe hierherzieht.

21) Lex 10 §. 2 Dig. de poenis 48, 19 (Erlaß der infamia wegen zu Unrecht erlittener körperlicher Züchtigung).

meinrechtlichen Praxis[22]) und ebenso von der Mehrzahl der neueren Gesetzgebungen für zulässig angesehen wurde[23]). Nicht entsprechend der Strenge des Rechtes, ist diese Einrichtung dennoch, zumal bei der Aehnlichkeit der Untersuchungshaft mit der Freiheitsstrafe, durch naheliegende Billigkeitsrücksichten begründet[24]). Doch ist dieselbe nicht etwa auf die Freiheitsstrafe beschränkt; vielmehr ist eine Anrechnung auch auf die Geldstrafe, ja selbst auf den Verweis und auf Nebenstrafen als zuläßig zu erachten[25]). Ausgeschlossen ist nur eine Anrechnung auf die Todesstrafe, deren theilweiser Erlaß unmöglich, deren gänzlicher Erlaß unverhältnißmäßig sein würde. Doch ist die Anrechnung nicht etwa vorgeschrieben, sondern dem richterlichen Ermessen überlassen (also facultativ)[26]), dem auch überlassen ist, ob die Untersuchungshaft ganz oder theilweise angerechnet, die Strafe ganz oder theilweise getilgt sein soll. Immer aber kann ein bestimmtes Maß Untersuchungshaft höchstens dem gleichen Maße Freiheitsstrafe gleichgestellt werden[27]). Bei der Zuchthausstrafe ist ein Herabgehen unter ein Jahr Zuchthaus als zuläßig zu betrachten und ebenso braucht die Abstufung derselben nach Monaten nicht eingehalten zu werden (vgl. oben S. 415). Nicht ausdrücklich beschränkt auf unverschuldete Untersuchungshaft[28]), wird die Anrechnung

22) Lex 25 Dig. de poenis 48, 19; lex 23 Cod. de poenis 9, 47. Vgl. Seeger, consilia Tubingensia S. 90.

23) Nicht freilich in Preußen 1851 und Oesterreich 1852. Einige Gesetzbücher dehnten dies aus auf die Anrechnung sonstiger Nachtheile, die der Beschuldigte durch das Strafverfahren erlitt.

24) Anderer Mg. Sontag, Goltd Archiv 1870 S 20 ff, kritische Viertelj.schrift 1877 S. 26

25) Anderer Mg. in Beziehung auf Nebenstrafen v. Liszt, Lehrbuch S. 272. Allerdings wird der bei den Nebenstrafen mitsprechende und sogar überwiegende polizeiliche Gesichtspunkt thatsächlich in den meisten Fällen eine Anrechnung verbieten.

26) Hiergegen und für obligatorische Anrechnung Geyer, Zeitschrift von Grünhut 1875 S. 372.

27) Anderer Mg. Geyer, Grundriß I S. 175, der es wegen der leichten Natur der Haft für zulässig hält, auch ein größeres Maß von Haft durch ein geringeres Maß von Untersuchungshaft zu ersetzen

28) Anders das bayerische Gesetz vom 16 Mai 1868 (Abänderungen des St.G.B. und des Polizei-St.G.B. betreffend) Art. 1.

dennoch der Regel nach[29]) nur bei einer solchen als zuläßig erscheinen, wobei aber unter verschuldeter Untersuchungshaft nur die durch ein schuldhaftes Verhalten nach der That, bezw. während den Processes veranlaßte Untersuchungshaft, bezw. deren Verlängerung zu verstehen ist. War das Verfahren auf mehrere Delicte gerichtet, so kann die Untersuchungshaft wegen eines anderen Delictes, als um dessen Strafe es sich handelt, verhängt sein[30]);

b) die Anrechnung einer im Auslande erkannten und vollstreckten Strafe auf die wegen desselben Delictes noch im Inland zu erkennende Strafe, die das Gesetz unter Umständen vorschreibt (St.G.B. §. 7);

c) die Anrechnung einer wegen des Delictes schon erlittenen Disciplinarstrafe auf die Criminalstrafe, welche das Gesetz unter Umständen gestattet[31]).

29) Ausnahmslos Schwarze, Gerichtssaal 1882 S. 111, wobei aber verkannt wird, daß auch eine verschuldete Untersuchungshaft von ungebührlicher Ausdehnung sein kann.

30) Reichsgericht II 21 Januar 1881, III 9. März 1881.

31) Vgl. die Seemanns-Ordnung §. 95. (Loening, Grundriß S. 67). Vgl. auch Militär-St G.B. (Einf.-G. §. 3), wonach unter Umständen die Criminalstrafe durch die Disciplinarstrafe ersetzt wird.

Zweites Kapitel.

Das Strafmafs bei zusammentreffenden Delicten.

§. 59 (66).

Die Delictseinheit.[1])

Von je größerem Einfluß das Zusammentreffen mehrerer Delicte auf das Strafmaß sein kann, um so nöthiger ist es, dasselbe von der Delictseinheit zu unterscheiden. Delictseinheit liegt aber noch vor

a) im Falle des zusammengesetzten Delictes oder der Delictseinheit im engeren Sinne, wenn nämlich verschiedene Delictsbegriffe zu einem umfassenderen Delictsbegriffe zusammengefaßt werden, wie dies z. B. mit dem Begriffe des Raubes (§. 249) und der Erpressung (§. 253), des schweren Diebstahls (§ 243 Nr. 2 u. 7), der qualificirten Amtsunterschlagung (§. 251) und denjenigen Delictsarten der Fall ist, bei welchen die Tödtung oder Verletzung einer Person einen erschwerenden Umstand bildet (§§. 206, 226, 307 ff.). Nicht als wenn diese Delicte stets aus mehreren Delicten zusammengesetzt sein müßten[2]); wohl aber in dem Sinne, daß dies der Fall sein

1) v. Buri, Einheit und Mehrheit der Verbrechen Stuttgart 1879 (Beilageheft zum Gerichtssaal); Hiller, Gerichtssaal 1880 S. 214 ff.

2) Dies ist nur bei dem Raube der Fall, der stets Nöthigung und Diebstahl in sich schließt, wogegen z. B. die Erpressung Nöthigung und Körperverletzung, der schwere Diebstahl Diebstahl und Hausfriedensbruch, bezw. Sachbeschädigung, die qualificirte Amtsunterschlagung Unterschlagung und Urkundenfälschung, die Körperverletzung mit tödtlichem Erfolg vorsätzliche Körperverletzung und fahrläßige Tödtung sein kann, aber nicht zu sein braucht.

kann. — Nicht aber gehört hierhin der Fall, wenn das Gesetz eine Anzahl verschiedenartiger oder gleichartiger Verübungen[3]), von denen jede demselben Delictsbegriffe entspricht, zu einem Delicte verbindet, ein Fall, der vielmehr dem Begriff des fortgesetzten Delictes zu unterstellen ist, welches letztere unrichtiger Weise meistens auf die Verübung gleichartiger oder zeitlich nahestehender Fälle beschränkt wird;

b) im Falle des fortdauernden Delicts (auch Dauerdelict genannt)[4]), wenn nämlich außer der Herbeiführung auch die Aufrechterhaltung des in strafbarer Weise begründeten Zustandes zum Thatbestande des Delictes gezählt wird, die Verübung des Delictes also solange fortdauert, als der betreffende Zustand in schuldhafter Weise aufrechterhalten wird. Nach dem geltenden Recht nicht anerkannt z. B. beim Diebstahl[5]), ist dies der Fall z. B. bei der Freiheitsentziehung (§. 239), der Entziehung von Minderjährigen aus der Gewalt ihrer gesetzlichen Vertreter (§. 235), der Entführung (§. 236), der Verletzung des Personenstandes (§. 169), dem Feilhalten und Verbreiten unzüchtiger Darstellungen (§. 184), verfälschter Nahrungsmittel (Nahrungsmittelgesetz §. 12) und verbotener Schriften (Socialistengesetz §. 19) und dergl. Ja, es hängt von den Umständen ab, ob ein Delict, welches der Regel nach durch eine bestimmte Thätigkeit abgeschlossen ist, z. B. die Brandstiftung[6]), nicht ausnahmsweise auch einmal in der Form eines fortdauernden Delictes verübt wird;

3) Für Ersteres vgl. den Bankerott (Konkursordnung §§. 209, 210), für Letzteres gewisse Steuerdefraudationen (Branntweinsteuergesetz §. 67).

4) Wächter, Goltd. Archiv 1860 S. 1 ff.; Hälschner, daselbst 1860 S. 441 ff.; John, daselbst 1861 S. 297 ff.; Gessler, daselbst 1861 S. 514 ff; v. Tippelskirch, daselbst 1872 S. 171 ff.

5) Indem dasselbe es für gleichgültig erachtet, ob der Thäter die Sache verbraucht, bezw. veräußert, oder ob er dieselbe behält. Anders das englische Recht, welches den Diebstahl solange als fortdauernd ansieht, als sich der Dieb im rechtswidrigen Besitz der gestohlenen Sache befindet.

6) Man denke an den Fall, daß der Thäter den schon erregten Brand fortglimmen läßt, während es ihm leicht möglich wäre denselben zu löschen. Ueber den Character der Doppelehe oder Bigamie sowie der Fahnenflucht oder Desertion als eines fortgesetzten Delictes siehe den Besonderen Theil.

c) im Falle des fortgesetzten Delictes[7]), wenn nämlich verschiedene schon ihrerseits demselben Delictsbegriffe entsprechende Handlungen[8]), dennoch zusammen nur als ein, entsprechend größeres Delict erscheinen. Ein Widerspruch ist dies ebensowenig, wie das fortdauernde Delict, von welchem sich das fortgesetzte Delict nur dadurch unterscheidet, daß dort eine zusammenhängende, hier eine unterbrochene Einwirkung vorliegt. Wohl aber war im früheren Recht zum Theil eine zu weit gehende Auffassung des fortgesetzten Delictes verbreitet[10]), das, wie manche andere erzwungene Erklärung des positiven Rechtes, dazu dienen mußte, die allzu strengen Strafen der gemeinrechtlichen Quellen vermeiden zu können. Ausdrückliche Vorschriften enthielten einzelne neuere Gesetze[11]),

7) Sander, Archiv 1836 S. 372 ff.; Trefurt, Archiv 1838 S. 423 ff.; Krug, vom sog. fortgesetzten Delict Leipzig 1857; v. Woringen, der Begriff des fortgesetzten Verbrechens Freiburg 1857; John, fortgesetztes Verbrechen und Verbrechensconcurrenz Berlin 1860; Schwarze, Lehre vom fortgesetzten Verbrechen Erlangen 1857, Goltd. Archiv 1860; Merkel, zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen Darmstadt 1862, v. H. Handbuch II S. 573 ff., IV S. 225 ff; v. Buri, Abhandlungen S. 94 ff.; Einheit und Mehrheit S. 11 ff.; Abhandlungen im Gerichtssaal: Kraushaar, (1860), Dietz (1860), Geyer, (1861), v. Stemann (1872), Ortmann (1874), Hiller (1880); in Goltd. Archiv: Geßler (1861), v. Tippelskirch (1872), Ortloff (1876, 1884), Bischoff (1881).

8) Nicht nöthig ist, daß durch eine jede der ganze Thatbestand des Delictes (nämlich einschließlich des Erfolges) verwirklicht wird. Merkel, fortges. Verbrechen S. 133 f.; Loewenstein, Verbrechensconcurrenz S. 19.

9) Anderer Mg. Wächter, Heffter, Oppenhoff, Rüdorff, Dietz, Geyer, v. Buri, welche sich gegen die Annahme eines fortgesetzten Delictes erklären, aber (mit Ausnahme v. Buri's) doch ebenfalls zugeben, daß zehn Schläge nicht immer zehn Mißhandlungen, zehn Schimpfworte nicht immer zehn Beleidigungen zu sein brauchen:

10) Der Ausdruck „fortgesetztes Delict“ scheint zuerst von Quistorp (Grundsätze §. 30) gebraucht zu sein (Geib, Lehrb. II S. 120).

11) Bayern 1813 und 1861 (letzteres nur bei Diebstahl und Unterschlagung); Sachsen 1838, 1855, 1868; Württemberg 1839; Hannover 1840, Braunschweig 1840, Baden 1845, Thüringen 1850. Dabei wurde von Bayern 1813 Einheit des äußeren Gegenstandes, von Baden 1845

wogegen das geltende Recht (wie schon Preußen 1851) nur eine Andeutung des fortgesetzten Delictes enthält, indem in §. 34 des St.G.B. der Begriff des Zusammentreffens von dem Vorliegen mehrerer selbständiger Handlungen abhängig gemacht ist. Handelt es sich aber darum, den Begriff des fortgesetzten Delictes näher zu bestimmen, so ist hiefür nicht maßgebend die Einheit des äußeren Gegenstandes, gegen welchen die Verübungen gerichtet sind[12]; nicht maßgebend die Einheit des Entschlusses, aus welchem sie hervorgingen[13]; nicht maßgebend auch die äußere Gleichartigkeit der Verübungen selbst[14], und nicht maßgebend endlich die zeitliche

Einheit des Entschlußes, von Hessen-Darmstadt 1841 Einheit des Entschlusses oder des angegriffenen „Verhältnisses", von Hannover 1840, Braunschweig 1840, Thüringen 1850 Einheit des Entschlusses, Einheit des angegriffenen „Verhältnisses" oder Einheit der „That" als maßgebend behandelt.

12) Die Wegnahme verschiedener Geldstücke kann ein fortgesetzter Diebstahl sein (Reichsgericht I 13. October 1883, I 10. Juni 1880, I 1. Juli 1880), die mehrfache Verletzung derselben Person eine Mehrheit von Delicten begründen.

13) Auch wenn der Thäter zunächst nur einen der zugefügten zehn Schläge hatte verüben wollen, kann eine fortgesetzte Mißhandlung vorliegen, und auch wenn der Entschluß von vornherein auf mehrere Verletzungen gerichtet war, können diese dennoch als verschiedene Delicte erscheinen. Für Einheit des Entschlusses (bezw. der Absicht oder des Vorsatzes) als Voraussetzung des fortgesetzten Delicts Berner, Grundsätze §. 26 ff.; Hälschner I S. 662; Hrehorowicz, Grundbegriffe S. 302; Loewenstein, Verbrechensconcurrenz S. 19; Binding I S. 545, wobei aber Berner und Binding auch noch den Fall als Einheit des Entschlusses ansehen, wenn ein Entschluß sich an den andern anreiht. Richtig Wächter, Vorlesungen S. 294, Merkel, zur Lehre S. 34.

14) Vielmehr genügt Gleichartigkeit im Sinne des betreffenden Delictes, wonach manche Delicte durch eine sehr verschiedenartige Thätigkeit begangen werden können. So nicht nur Hochverrath (§. 81), Landesverrath (§§. 90, 92), Verletzung des Personenstandes (§. 169), Bankerott (Konk.O. §. 209, 210), sondern auch Hausfriedensbruch (§. 123), Widersetzung (§. 113), Körperverletzung (§. 223), bei welcher letzteren z. B. nicht bloß mehrere Mißhandlungen einerseits und mehrere Gesundheitsbeschädigungen andererseits, sondern auch Mißhandlungen und Gesundheitsbeschädigungen mit einander als fortgesetztes Delict

Nähe derselben zu einander[15]. Maßgebend ist vielmehr der Begriff der einzelnen Delictsart[16], von dem es abhängt, ob durch die einzelne Verübung jedesmal ein besonderes Delict erfüllt ist, oder ob verschiedene Verübungen als ein Delict erscheinen können[17], sowie in welchem Verhältniß die verschiedenen Verübungen zu einander stehen müssen, damit dies der Fall sei. Da aber eine jede Delictsart sich als die Verletzung eines besonderen rechtlichen Interesses oder Rechts-

vorkommen können. Doch hat dies seine Grenze an der Möglichkeit einer continuirlichen Verübung, sodaß z. B. der Bruch des assertorischen und des promissorischen Theils des sog. Offenbarungseides (§. 162) stets Realconcurrenz und niemals ein bloß fortgesetztes Delict sein wird. Anderer Mg. Binding, Handbuch I S. 559. Richtig Reichsgericht II 12. April 1881.

15) Vielmehr hängt es von dem betreffenden Delictsbegriff ab, welcher Zeitraum zwischen den einzelnen Verübungen liegen darf. So groß derselbe bei einzelnen Delicten sein kann (z. B. bei den in Bezug auf dieselbe Zahlungseinstellung begangenen Bankerotthandlungen), so mißbräuchlich wäre es bei anderen Delicten, erheblich aus einander liegende Fälle zu einem fortgesetzten Delicte vereinigen zu wollen. Der Regel nach wird eine erhebliche Ruhepause den Begriff des fortgesetzten Delictes ausschließen. Wenn die arme Frau, die wiederholt den Acker ihres Nachbars bestiehlt, wegen mehrfacher Entwendungen gestraft wird, so ist nicht einzusehen, warum der Beamte, der wiederholt die Staatskasse angreift, nur wegen einer Unterschlagung bestraft werden soll. Ueber die Frage beim Ehebruch siehe im Besonderen Theil.

16) Merkel, zur Lehre vom fortgesetzten Delict Darmstadt 1862; Geyer, Grundriß I S. 185; auch Olshausen, N. 7 zu §. 63, der aber unnöthiger Weise neben der Eigenthümlichkeit der betreffenden Delictsart noch die „natürliche Auffassung“ von der Einheit der betreffenden Verübungen hervorhebt. So auch im Wesentlichen das Reichsgericht I 10. Juni 1880, III 12. Juli 1883, III 10. Dez. 1883. I 17. Jan. 1884.

17) Vgl. das Fälschen von Münzen und das Inverkehrbringen gefälschter Münzen (§§. 146, 147), die Verübung unzüchtiger Handlungen (§§. 174, 175, 176, 183), das Verbreiten verbotener Druckschriften (Socialistengesetz), das Feilhalten verfälschter Nahrungsmittel (Nahrungsmittelgesetz §. 12) u.s.w. Ueber das Verbreiten vgl. Reichsgericht II 13. April 1883. Zuweilen sind sogar getrennte Verübungen als

gutes darstellt[18]), so ist jedenfalls Einheit dieses Rechtsgutes zu fordern[19]). Nicht ausgeschlossen ist, daß auch verschiedene fahrlässige Verübungen als ein fortgesetztes fahrlässiges Delict erscheinen[20]). Befindet sich unter den Verübungen auch nur eine mit einem erschwerenden Umstand, so wird hierdurch das ganze Delict zu einem qualificirten[21]). Selbstverständlich übt die Thatsache der wiederholten Verübung sowie die Zahl derselben Einfluß auf die Strafzumessung[22]). Auch in Beziehung auf das zeitliche und räumliche Geltungsgebiet des Strafgesetzes sowie in Beziehung auf die Verjährung und die Antragsfrist ist das fortgesetzte Delict als Einheit zu betrachten[23]). Nicht immer aber führt die Annahme eines fortgesetzten Delictes zu einer milderen, unter Umständen vielmehr auch zu einer strengeren Behandlung, wie dies im früheren Recht bei den Abstufungen der Vermögensdelicte nach bestimmten Werth-

ein Delict behandelt, ohne zu einem gemeinsamen Namen zusammengefaßt zu werden; Branntweinsteuergesetz §. 67 Absatz 3 (was sich allerdings seltener bei Criminalsstrafen als bei Ordnungsstrafen findet).

18) Nur dies ist gemeint, wenn von früheren Gesetzen (vgl. oben Anm. 11) das fortgesetzte Delict von der Einheit des angegriffenen rechtlichen „Verhältnisses" abhängig gemacht wurde.

19) Soviel Tödtungen, soviel Fälle von Mord oder Todtschlag; soviel Verletzungen verschiedener Personen, soviel Körperverletzungen; soviel durch Täuschung oder Zwang Geschädigte, soviel Betrugsfälle oder Erpressungen; soviel verletzte Urheberrechte, soviel strafbare Verletzungen des Urheberrechts (Reichsgericht II 29. März 1881). Nicht aber auch soviel Eigenthümer der entwendeten Gegenstände, soviele Diebstähle (vgl. unten S. 489) oder soviele gefälschte Münzarten, so viele Münzfälschungen (a. Mg. Binding, Handbuch I S. 557).

20) Anderer Mg. Köstlin, System S. 549; Hälschner I S. 662; Berner S. 288 f. Richtig Krug, Concurrenz der Verbrechen S. 57 (mit unrichtigem Beispiel); Geib II S. 123; Loewenstein, Verbrechensconcurrenz S. 20; Binding, Handbuch I S. 537 (mit unnöthiger Beschränkung).

21) Reichsgericht III 12. Juli 1883.

22) Vgl. noch Württemberg 1839 Art. 122, welches der fortgesetzten Verübung selbst die Wirkung einer Strafschärfung ertheilte.

23) Vgl. oben Seite 176 f., 363, 384. Anderer Mg. in Beziehung auf die Antragsfrist Reichsgericht III 29. Januar 1881.

beträgen der Fall war und im geltenden Recht bei der Abgrenzung des sog. Mundraubes (St.G.B. §. 370 Nr. 5) vom Diebstahl (§. 242) der Fall ist;

d) im Falle des Gesammtdelictes oder Kollectivdelicts[24]), wenn nämlich verschiedene einem und demselben Delictsbegriffe entsprechende Verübungen unter der Voraussetzung als ein Delict behandelt werden, daß sie als Ausfluß einer gemeinsamen Willensbestimmung erscheinen, wie dies im Falle der gewohnheitsmäßigen[25]), geschäftsmäßigen[26]) und gewerbsmäßigen[27]) Verübung der Fall ist; Arten der Verübung, welche andererseits auch (vgl. oben Seite 456) als erschwerender Umstand der einzelnen Verübung benutzt sind. Ein Widerspruch ist dies deßwegen nicht, weil, und unter der Voraussetzung, daß die Strafe des Gesammtdelictes weit genug gefaßt ist, um auch die einzelnen ihrerseits erschwerten Fälle genügend zu umfassen. Allerdings aber ist die Aufstellung eines Gesammtdelictes[28]) eine summarische Art der Behandlung, da zwischen der Bedrohung des einzelnen Falles und

24) Dochow, zur Lehre vom gewohnheitsmäßigen und gewerbsmäßigen Verbrechen Jena 1871, auch im Rechtslexicon; Merkel, v. H. Handbuch III S. 748 ff.; Villnow, Raub u.s.w. Breslau 1875 S. 103 ff.; v. Buri, Gerichtssaal 1877 S. 52 ff.; Olshausen, Einfluß von Vorbestrafungen S. 126 ff.; Wahlberg, Z. von Grünhut 1878 S. 572 ff., Schriften I S. 136 ff.; v. Lilienthal, Beiträge zur Lehre vom Kollectivdelict Leipzig 1878; Starke, Verbrechen und Verbrecher S. 226 f.

25) Vgl. das Inverkehrbringen verringerter Münzen (§. 150), die qualificirte Kuppelei (§. 180), die qualificirte Hehlerei (§. 260), den qualificirten Wucher (§. 302d); ferner das Münzgesetz von 1873 §. 13.

26) Vgl. die Verleitung zur Auswanderung (§. 144) und das Socialistengesetz §§. 22—24.

27) Vgl. die qualificirte Hehlerei (§. 260), das Glücksspiel (§. 284), das qualificirte rechtswidrige Jagen (§. 294), den qualificirten Wucher (§. 302d), die strafbare Unzucht (§. 361 Nr. 6); ferner das Münzgesetz von 1873 §. 13, das Bankgesetz von 1865 §. 57, das Patentgesetz von 1877 §. 4 Merkwürdig Vereinszollgesetz §. 141 Abs. 2, welches die Nichtgewerbsmäßigkeit als Milderungsgrund behandelt.

28) Gegen dieselbe Dochow, S. 96 ff.; v. Lilienthal, zur Lehre vom Kollectivdelict Seite 112; Janka, österr. Strafrecht S. 163. Vgl. aber Gerichtssaal 1881 S. 140 f. Die Unterscheidung der Kollectiv-

einer derartig gehäuften Verübung eigentlich ein Unterschied gemacht werden sollte; ebenso wie es eine Einschränkung des Criminalgebietes aus practischen Gründen ist, wenn in einzelnen Fällen[29]) nicht schon die einfache, sondern erst die gewohnheitsmäßige, geschäftsmäßige oder gewerbsmäßige Verübung unter Strafe gestellt ist[30]). Was aber jene Begriffe im Einzelnen betrifft, so ist unter Gewohnheitsmäßigkeit die aus öfterer Begehung entstandene Neigung zu weiteren Begehungen der gleichen Art zu verstehen[31]); unter Geschäftsmäßigkeit die Bereitschaft zur regelmäßigen Wiederholung der gleichen Verübung und unter Gewerbsmäßigkeit die Absicht, Begehungen gleicher Art als Erwerbsquelle[32]) zu benutzen. Nur ein äußerlicher Unterschied ist es, ob das Delict selbst oder eine Unterart desselben als Kollectivdelict erscheint[33]). Nicht ausgeschlossen ist, daß zum Beweise der betreffenden Eigenschaft der Verübung auch rechtlich erledigte Fälle herangezogen werden, was ebensowohl auf rechtskräftig

verübung als Voraussetzung der „Normwidrigkeit" und als Voraussetzung der Strafbarkeit (Binding I S. 548 f.), erledigt sich durch das über die Normentheorie selbst Gesagte (vgl. oben Seite 33 f.).

29) So bei dem Inverkehrbringen verringerter Münzen (§. 150), der Verleitung zur Auswanderung (§. 144), dem Glücksspiel (§. 284), der Unzucht (§. 361 Nr. 6).

30) Gegen diese Einschränkung John, Goltd. Archiv 1861 S. 511; andererseits Hälschner I S. 547 Anm. 5. Vgl. oben Seite 31 f. und Gerichtssaal 1881 S. 104.

31) Wenn v. Buri und Merkel eine solche Art der Verübung verlangen, daß andere Personen geneigt sind sich darauf zu verlassen, so ist dies die Verwechselung einer thatsächlichen Folge mit einer begrifflichen Voraussetzung.

32) Nicht genügend ist die Absicht, im vorliegenden Falle Vortheil zu ziehen (Reichsgericht III 25. März 1882, II 29. Sept. 1885); andererseits wird nicht die Absicht eines dauernden Einkommens erfordert (Reichsgericht III 24. April 1880).

33) Ersteres bei dem Inverkehrbringen falscher Münzen (§. 150), der Verleitung zur Auswanderung (§. 144), dem Glücksspiel (§. 284), der Unzucht (§. 361 Nr. 6); Letzteres bei der Kuppelei (§. 180), der Hehlerei (§. 260), dem Wucher (§. 302d), dem widerrechtlichen Jagen (§. 294) sowie in den Fällen des Münzgesetzes §. 13, des Bankgesetzes §. 57, des Patentgesetzes §. 4.

abgeurtheilte, wie auf verjährte Fälle zu beziehen ist[34]; ja sogar Handlungen aus der Zeit vor der Geltung des betreffenden Gesetzes[35]. Und nicht ausgeschlossen ist, daß die Geschäftsmäßigkeit[36] und die Gewerbsmäßigkeit[37] einer Verübung ohne Heranziehung anderer Fälle schon aus der Besonderheit einer einzelnen Verübung hervorgeht. — Gegen den Sinn des Gesetzes wäre es, von den einzelnen Fällen des Gesammtdelictes jeden für sich[38] zu strafen[39]. Vielmehr sollen die in einer bestimmten Zeit verübten, d. h. alle noch nicht abgeurtheilten und noch zu strafenden Fälle als Gesammtdelict gestraft werden, und zwar in der Weise, daß durch die Aburtheilung derselben alle Fälle, welche hätten hereingezogen werden können, erledigt sein sollen[40].

§. 60 (67).

Das Zusammentreffen von Delicten[1].

a) das ideale Zusammentreffen.

1) Besonderen Einfluß auf das Strafmaß übt das Zusammen-

34) Anderer Mg. v. Buri, Gerichtssaal 1877 S. 56 (allgemein); Binding, Handbuch I S. 550 Anm. 12 (mit Beziehung auf die Verjährung und zum Theil, nämlich was die Gewerbsmäßigkeit betrifft, auch auf die Aburtheilung, bezw. Bestrafung).

35) Reichgericht III 26. April 1882.

36) Anderer Mg. in Beziehung auf die Geschäftsmäßigkeit Hälschner I S. 546 Anm. 3; richtig Wächter, Vorlesungen S. 461; v. Lilienthal S. 30; Binding I S. 550.

37) Anderer Mg. v. Buri, Gerichtssaal 1877 S. 55; Hälschner I S. 545. Richtig Merkel, v. H. Handb. III S. 748, IV S. 431; Dochow, Rechtslexicon; v. Lilienthal, S. 45 f.; Waldthausen, Goltd. Archiv 1881 S. 410; Reichsgericht III 10. Dec. 1879, III 25. Jan. 1883.

38) In realem Zusammentreffen mit einander und etwa in idealem Zusammentreffen mit dem Kollectivdelicte als solchem.

39) Anderer Mg. mit Beziehung auf das frühere Recht John, Goltd. Archiv 1861 S. 510 ff.; mit Beziehung auf das geltende Recht v. Lilienthal S. 59 ff. Richtig Hälschner I S. 548; Waldthausen Goltdammers Archiv 1881 S. 410; Reichsgericht I 7. Juli 1881. — Vgl. die Strafproceß-Ordnung §. 403.

40) Reichsgericht III 12. Juli 1882, III 19. November 1885, II 23. Februar 1886.

1) Savigny, de concursu delictorum formali Marburg 1800;

treffen[2]) oder die sog. Konkurrenz von Delicten, d. h. der Umstand, daß mehrere Delicte derselben Person zur Bestrafung vorliegen. Unrichtig ist es, hier nur von dem Zusammentreffen verschiedener Strafen zu reden[3]), da es vielmehr auf die Einwirkung ankommt, welche durch das Zusammentreffen verschiedener Delicte auf die Strafanwendung geübt wird. Unrichtig ist es, die Lehre von dem Zusammentreffen in die Strafprozeß-Ordnung zu verweisen[4]), da es sich nicht um das Verfahren, sondern um Grundsätze der Strafanwendung handelt. Was aber die Stellung der Lehre im Strafrecht selber betrifft, ist es die Lehre vom Strafmaß, in welche die betreffenden Grundsätze gehören[5]). Ein Zusammentreffen von Delicten kann aber in doppelter Weise vorliegen, einmal nämlich in

Sander, Archiv 1836 S. 266 ff., 357 ff.; Rotteck, über Concurrenz der Verbrechen Freiburg 1840; Krug, Concurrenz der Verbrechen Leipzig 1842, Abhandlungen S. 152 ff.; John, fortgesetztes Verbrechen und Verbrechensconcurrenz Berlin 1860; Merkel, v. H. Handb. II S. 573 ff., IV S. 225 ff.; Binding, Normen I S. 121 ff.; v. Buri, Einheit und Mehrheit Stuttgart 1879, Gerichtssaal 1883 S. 517 ff.; Rosenblatt, Strafenconcurrenz Teschen 1879; Habermaas, die ideale Concurrenz der Delicte Stuttgart 1882; Loewenstein, Verbrechensconcurrenz mit besonderer Berücksichtigung der Münzfälschung Stuttgart 1883. Abhandlungen in Goltd. Archiv: Ortloff (1873, 1884), Pütter (1874), Herbst (1876); im Gerichtssaal: Thomsen (1879), Hiller (1880), Bischoff (1881), Kärcher (1883); in der Zeitschrift für Strafrechtswiss.: Schütze (1883); in der Zeitschrift von Grünhut: Hiller (1885).

2) Früher auch Zusammenkunft oder Zusammenfluß von Delicten genannt (Letzteres u. A. in Württemberg 1839). Andere unterschieden zwischen Zusammenfluß und Zusammentreffen (je nach idealer und realer Concurrenz); vgl. die Bemerkung bei Wächter, Lehrb. I S. 247.

3) Geyer, v. Holtz. Encyclopädie S. 917, Rechtslexicon (Concurrenz); Grundriß I S. 184; Rosenblatt, Strafenconcurrenz S. 3; Hälschner I S. 654.

4) Anderer Mg. Schütze, Zeitschrift für Strafrechtswiss. 1883 S. 103.

5) Anderer Mg. Loening, Grundriß S. 84 ff., der das Zusammentreffen der Delicte mit der Theilnahme am Delict als „zusammenhängende Strafrechtsverhältnisse“ behandelt. Vgl. oben Seite 57.

der Art, daß eine und dieselbe Handlung mehrere Delicte enthält, und sodann in der Art, daß mehrere Delicte durch verschiedene Handlungen verübt sind, Fälle, welche man als die des idealen und des realen Zusammentreffens unterscheidet. Dabei muß es sich in beiden Fällen um das Zusammentreffen vollständiger Delicte handeln, wogegen für das Zusammentreffen bloßer Strafänderungsgründe das schon oben (Seite 454 f.) Gesagte in Betracht kommt[6]).

2) Was zunächst das ideale (auch ideelle, formale, einthätige, simultane) Zusammentreffen[7]) angeht (St.G.B. §. 73), so ist es ebenso wenig ein Widerspruch, daß eine Handlung mehrere Delicte enthält, wie daß mehrere Handlungen ein Delict enthalten, und ebenso unnöthig ist es, die Einheit der Handlung in jenem Falle in eine Mehrheit von Handlungen aufzulösen[8]), als das ideale Zusammentreffen überhaupt nicht mehr als ein wirkliches Zusammentreffen verschiedener Delicte auffassen zu wollen[9]). Da vielmehr zum Wesen des Delictes

6) Ebensowenig liegt ein Zusammentreffen vor bei vorsätzlicher Verübung des einfachen Delictes unter fahrlässiger Annahme eines erschwerenden Umstandes. Anders 3. Auflage S. 597 Anm. 18 (bei der Brandstiftung). Richtig Binding, Normen II S. 585; Habermaas, id. Conc. S. 77. Genau genommen sollte freilich auch das Zusammentreffen in Nebenumständen durch besondere Vorschriften geregelt sein; vgl. aber Gerichtssaal 1881 S. 104.

7) Richtiger als „ideales“ wäre wohl „ideelles“ Zusammentreffen, doch ist ersteres durch den Gleichklang mit „real“ in Gebrauch gekommen.

8) So John, Goltdammers Archiv 1855 Seite 626 ff., fortgesetztes Verbrechen S. 2 ff.; Hälschner, preuß. Strafrecht I S. 496, deutsches Strafr. I S. 672 f.; Binding, Handb. I S. 566; v. Buri, Einheit und Mehrheit S. 1 ff., wobei von dem letzteren jedoch der Ausdruck „Mehrheit von Kausalitäten“ gebraucht wird. — Die Ueberschrift des betreffenden Abschnittes des St.G.B. (Zusammentreffen „strafbarer Handlungen“) ist nur dadurch veranlaßt, daß es an einem passenden Ausdruck für „strafbare Handlung“ fehlte.

9) So Krug, Kommentar zum sächsischen St.G.B. I S. 142; auch die 1. und 2. Auflage dieses Buches, die dem idealen Zusammentreffen eine mittlere Stellung zwischen dem einzelnen Delict und dem eigentlichen Zusammentreffen anwiesen. Richtig ist nur, daß das ideale Zu-

nur eine Handlung gehört, keineswegs aber gesagt ist, daß diese Handlung eine selbständige sein muß, so ist auch in dem idealen Zusammentreffen ein wirklicher Fall des Zusammentreffens zu erkennen, und es kann sich nur fragen, welcher Einfluß auf die Strafanwendung durch die besondere Art dieses Zusammentreffens geübt wird.

3) Möglich ist ein ideales Zusammentreffen bei allen Arten von Delicten, was nicht nur auf vorsätzliche, sondern auch auf fahrlässige Delicte[10]), und zwar unter sich und mit einander, sowie auf Begehungs- und Unterlassungsdelicte[11]), unter sich und mit einander, zu beziehen ist; und nicht ausgeschlossen ist, daß eine und dieselbe Handlung ein selbständiges Delict und zugleich Theilnahme an einem andern Delicte oder auch Theilnahme an mehreren Delicten enthalte[12]). Treffen Antragsdelicte mit einander zusammen, so kommt nur dasjenige in Betracht, hinsichtlich dessen der Antrag gestellt ist, gleichviel ob sich dasselbe als das leichtere oder als das schwerere darstellt. Trifft ein Antragsdelict mit einem Officialdelict zusammen, (vgl. oben Seite 357) und wird der Antrag nicht gestellt, so kann das Officialdelict sowohl dann gestraft werden, wenn sich dasselbe als das schwerere, wie wenn es sich als das leichtere darstellt[13]). Immer aber muß es sich um das Zusammentreffen selbständiger Delicte handeln, sodaß das Zusammentreffen verschiedenartiger Verübungsweisen desselben Delictes[14]) sich nicht als Fall idealer Concurrenz, sondern

sammentreffen eine mittlere Stellung zwischen dem einzelnen Delict und dem realen Zusammentreffen einnimmt.

10) Anderer Mg. John, fortges. Verbrechen S. 71 ff. (für Annahme nur einer Fahrlässigkeit bei mehreren fahrlässig herbei geführten Erfolgen). Richtig Hälschner I S. 673; Olshausen, N. 17 zu §. 73; Binding, Handb. I S. 580.

11) Anderer Mg. (in Bez. auf eigentliche Unterlassungsdelicte) Habermaas S. 25; richtig Binding, Handb. I S. 580.

12) Anderer Mg. in letzterer Hinsicht v. Liszt, Reichsstrafrecht S. 149, 159; Binding I S. 586 f.

13) Anderer Mg. in letzterer Hinsicht Merkel, v. H. Handb. IV S. 230; Hälschner, Strafr. I S. 685. Richtig die Meisten.

14) Vgl. oben Seite 477 und hinsichtlich der Geldfälschung (St.G.B. §. 146) Loewenstein S. 30.

als einheitliches Delict darstellt. Einzelne Fälle idealen Zusammentreffens sind vom Gesetz als besondere Delictsart behandelt[15]).

4) In sich verschieden ist das ideale Zusammentreffen danach, ob die in derselben Handlung vereinigten Delicte gleichartig sind, d. h. demselben Delictsbegriffe entsprechen, — gleichartiges (homogenes) ideales Zusammentreffen, oder ob sie verschiedenartig sind, d. h. verschiedene Delictsbegriffe durch sie erfüllt sind, — ungleichartiges (heterogenes) ideales Zusammentreffen; Fälle, von denen im geltenden Rechte (§. 73) auffallender Weise nur der zweite erwähnt ist[16]). Doch kann kein Zweifel sein, daß im Sinne des geltenden Rechts die Regelung, welche der zweite Fall gefunden hat, auch für den ersten zu gelten bestimmt ist. Ob durch dieselbe Aeußerung zwei Personen beleidigt sind oder dieselbe Handlung Beleidigung und Körperverletzung enthält, steht sich hinsichtlich der Art des Zusammentreffens gleich[17]), woran selbst die Erwägung nichts zu ändern im Stande ist, daß das gleichartige ideale Zusammentreffen seiner Vielfältigkeit nach unbegrenzt ist, während das ungleichartige ideale Zusammentreffen naturgemäß begrenzt ist, und daß die Regelung, welche das

15) Als das grundsätzlich Richtige wird dies angesehen von v. Liszt Lehrbuch S. 223; Hiller, Gerichtssaal 1880 S. 237 f., welche mithin die Vorschrift über ideale Concurrenz aus der Lückenhaftigkeit des geltenden Rechtes erklären. Vgl. jedoch auch Hiller, Zeitschr. von Grünhut 1885 S. 149, wo die Unvermeidlichkeit dieser Lücke betont wird.

16) Und zwar in der Weise, daß von der Verletzung mehrerer Strafgesetze die Rede ist, ein Ausdruck, hinsichtlich dessen das oben (S. 142) Gesagte in Betracht kommt.

17) Anders Krug, Concurrenz S. 1 Anm. 2; Zachariae, Archiv 1853 Seite 416 f.; Oppenhoff, N. 3 zu §. 73; Freudenstein, Ehrenkränkungen S. 52 ff.; Hiller, Z. von Grünhut 1885 S. 152; v. Liszt, Lehrb. S. 224 f., welche im Falle der Beleidigung mehrerer Personen durch dieselbe Handlung nur eine Beleidigung, und andererseits Schwarze, Gerichtssaal 1882 S. 588; John, Rechtslezicon (Beleidigung); Kärcher, Gerichtssaal 1884 S. 435, welche in diesem Falle real concurrirende Beleidigungen annehmen. Richtig Hälschner I S. 683; Wächter, Vorlesungen S. 291; Binding I S. 221, 577 f.;

letztere (siehe unten) im geltenden Rechte gefunden hat, noch weit weniger, als für das ungleichartige, für das gleichartige ideale Zusammentreffen als angemessen erscheint.

5) Dabei ist aber der Fall des gleichartigen idealen Zusammentreffens wohl zu unterscheiden von dem Fall, wenn schon das einzelne Delict gegen mehrere gleichartige Gegenstände gerichtet sein kann, wie die Wegnahme von mehreren (selbst verschiedenen Eigenthümern gehörenden) Sachen ein Diebstahl, die Widersetzung gegen mehrere Beamte eine Widersetzung, die Einführung verschiedener Waaren ein Zolldelict, die Begünstigung mehrerer Gläubiger ein Delict nach Konkursordnung §. 211 sein kann[18]). Und ebenso ist der Fall des ungleichartigen idealen Zusammentreffens[19]) von dem Falle zu unterscheiden, wenn nur äußerlich genommen meh-

Olshausen, N. 16 zu §. 73; Habermaas S. 78 ff.; Loewenstein S. 24; Reichsgericht I 14. Juli 1881, III 28. Januar 1884 (vgl. jedoch IV 2. März 1886). — Auf die erstgenannte Ansicht nicht ohne Einfluß waren Lex 5 §. 6, Lex 18 §. 2 Dig. de injuriis 47, 10.

18) Vgl. Reichsgericht III 22. April 1882, II 11. Juli 1882, III 20. October 1884, IV 18. Sept. 1885.

19) Ideales Zusammentreffen liegt vor, wenn z. B. durch dieselbe Handlung Brandstiftung und Tödtung, Körperverletzung und Beleidigung, Incest und Nothzucht verübt wird, und nicht viel Phantasie gehört dazu, sich die Möglichkeit zu vergegenwärtigen, daß eine und dieselbe Handlung z. B drei oder vier Sittlichkeitsdelicte enthalte. — Vgl. ferner Reichsgericht III 3. December 1879 (Gebrauchmachen von einer falschen Urkunde und Betrug), I 26. Januar 1880 (Untreue und Unterschlagung), I 28. April 1873 (Gebührenüberhebung und Betrug), I 22. Juni 1885 und I 23. December 1885 (Incest und Mißbrauch von Pflegebefohlenen), II 17. Februar 1885 (Raub und Mord). Mehrere dieser Fälle sind freilich bestritten, worüber im Besonderen Theil. — Unrichtig ist es, das ungleichartige ideale Zusammentreffen auf die Verletzung verschiedenartiger Rechtsgüter oder rechtlicher Interessen zu beschränken. So Habermaas Seite 2, 23, wenn auch nur vom allgemeinen Standpunct, nicht im Sinne des geltenden Rechts. Vielmehr kann die Selbständigkeit mehrerer Delicte auch in einer besonderen Art der Verübung liegen. Genau genommen sollte allerdings das Gesetz das Zusammentreffen in dem einen und dem anderen Sinne noch wieder unterscheiden; doch kommt auch hier das Gerichtssaal 1881 S. 104 Gesagte in Betracht.

rere Delictsbegriffe in derselben Handlung enthalten sind, in Wahrheit aber nur einer derselben als der wirklich zutreffende in Betracht kommt, ein Fall, welchen man als den der Gesetzesconcurrenz bezeichnet[20]), der aber richtiger der Fall einer nur scheinbaren Concurrenz genannt wird[21]). Eine solche nur scheinbare Concurrenz[22]) liegt vor

a) wenn das eine Delict logisch von dem anderen ausgeschlossen wird[23]), was wiederum in verschiedener Weise der Fall sein kann; nämlich α) wenn das eine Delict als das allgemeinere, das andere Delict als das speciellere, insbesondere als eine Unterart desselben erscheint[24]); β) wenn das eine De-

20) Mit Unrecht, da eben nicht verschiedene Gesetze concurriren, sondern in Wahrheit nur eines zutrifft; der Ausdruck ist ebenso ungeeignet, wie der Ausdruck Kollision der Gesetze für die Grundsätze über das räumliche Geltungsgebiet der Gesetze.

21) Unrichtig ist es, den §. 73 des St.G.B. zugleich (John, Oppenhoff, Merkel, v. Liszt) oder gar ausschließlich (v. Buri) auf Fälle der Gesetzesconcurrenz zu beziehen. Seine Vorschrift, daß stets die Strafe des schwersten Delictes verhängt werden solle, würde bei der sog. Gesetzesconcurrenz zu den verkehrtesten Ergebnissen führen.

22) Vgl. Heffter, non bis in idem Berlin 1873 S. 7; John, Goltd. Archiv 1855 S. 505 ff. Merkel, v. H. Handbuch III S. 579, IV S. 225; Hälschner, Strafr. I S. 659 f.; Ortloff, Gerichtssaal 1880 S. 395 ff.; Olshausen, N. 13, 14 zu §. 73; Binding, Handbuch I S. 349 ff., S. 526 ff., der die betreffenden Fragen in der Lehre vom Strafgesetz behandelt.

23) Nicht geschieden wird dieser und der unter b genannte Fall von Binding I S. 363 f., 528, der die unter aα und die unter b genannten Fälle als „Konsumtion" des einen Strafgesetzes durch das andere zusammenfaßt.

24) Vgl das Verhältniß des einfachen Diebstahls zum schweren Diebstahl oder zum Raub, das Verhältniß der Körperverletzung zur Tödtung, das Verhältniß von Körperverletzung und Tödtung zu denjenigen Delicten, bei welchen die (zufällige oder verschuldete) Herbeiführung von Körperverletzung oder Tödtung als erschwerender Umstand erscheint. Vgl. ferner Reichsgericht I 30. Sept. 1880 (§. 351 specieller als §. 350), I 28. October 1880 (Defraudation specieller als Betrug), II 19. April 1881 (§. 111 specieller als §. 110), I 7. Februar 1884 (Unterdrückung specieller als Veränderung des Personenstandes, §. 169). Und dies Verhältniß wird auch dadurch nicht geändert, daß das speciellere Delict unter Umständen begangen wird, welche das Ge-

lict mit dem anderen zusammen ein sog. zusammengesetztes Delict bildet[25]); γ) wenn die eine Strafbestimmung der anderen gegenüber nur subsidiäre Geltung haben soll[26]); und endlich δ) wenn derselbe Thatbestand durch mehrere Strafbestimmungen geregelt ist, von denen alternativ die eine oder die andere Anwendung zu finden bestimmt ist, je nachdem sich im gegebenen Falle die eine oder die andere als die weitergehende darstellt[27]);

b) wenn beide Delicte zwar logisch neben einander be-

setz nur bei dem generellen Delict als Strafänderungsgrund anerkennt. Vgl. Reichsgericht I 20. März 1884 (Amtsmißbrauch nach §. 340 und gefährliche Körperverletzung nach §. 223a). Ferner die Frage, ob der sog. Mundraub durch die erschwerenden Umstände des Diebstahls aufhört Mundraub zu sein, worüber im Besonderen Theil.

25) Vgl. oben Seite 476 f. Dem zusammengesetzten Delict selbst gegenüber erscheint das einzelne Delict (z. B. der Diebstahl gegenüber dem Raube) als das allgemeinere.

26) Nach ausdrücklicher Vorschrift gehören hierhin §. 49a, §. 207, §. 353a. Außerdem aber sind subsidiär gemeint a) die Beihülfe gegenüber der Anstiftung (vgl. oben Seite 281; anders neuerdings Reichsgericht II 20 April 1886, welches ideales Zusammentreffen zwischen Anstiftung und Beihülfe annimmt), b) die Beihülfe und Anstiftung gegenüber der Mitthäterschaft (vgl. oben Seite 281), c) die Nichtanzeige (§. 139) gegenüber der Theilnahme, d) der Versuch gegenüber der Vollendung, e) die Vorbereitungshandlungen gegenüber dem Versuch und der Vollendung, sei es daß dieselben allgemein oder als bestimmte Handlungen unter Strafe gestellt sind. Unrichtig ist, daß das „Gefährdungsdelict" allgemein durch das entsprechende „Verletzungsdelict" ausgeschlossen sei; vielmehr können sehr wohl Aussetzung und Vergiftung auf der einen Seite und vorsätzliche Tödtung auf der anderen Seite concurriren; ebenso Tödtung und Körperverletzung mit den Strafbestimmungen gegen gefährliche Handlungen, die als Uebertretungen unter Strafe gestellt sind (§. 366 Nr. 2, 6, 7, §. 368 Nr. 7). Anderer Mg. Wächter, Vorlesungen S 201, Binding, Handb. I S. 359 f.; v. Liszt, Lehrb. S. 165; Olshausen, N. 13 zu §. 73.

27) Vgl. St G.B. §§. 80—100 und die Delicte der Tödtung, Körperverletzung, Beleidigung und Freiheitsentziehung; St G.B. §. 221 und St.G B. §. 234; St.G B. §. 301 und St.G.B. §. 302a; St.G.B. §. 306 und §. 308 einerseits und §. 265 andererseits; St.G.B. §. 311 und Sprengstoffgesetz §. 5; St G.B. § 324 und Nahrungsmittelgesetz §. 13. Gewürdigt ist dies Verhältniß besonders von Binding, Handbuch I S. 349 ff.

stehen können, im Sinne des Gesetzes aber dennoch nur die eine Strafbestimmung zur Anwendung zu kommen hat[28]), weil die Strafbarkeit des einen Delictes als in derjenigen des anderen hinreichend mit berücksichtigt erscheint.

6) Was nun die Behandlung betrifft, welche das ideale Zusammentreffen im positiven Rechte gefunden hat, so sollte nach römischem Recht[29]) die Strafe eines jeden Delictes auch im Falle idealen Zusammentreffens unvermindert zur Anwendung kommen: quot delicta tot poenae[30]). Ebenso konnte nach dem älteren deutschen Recht für ein jedes Delict jedenfalls die volle Wergeld- und Bußzahlung verlangt werden. Erst später, mit dem stärkeren Aufkommen der Leibes- und Lebensstrafen, stellte sich der Satz ein, daß mit der Strafe des schwereren Delictes auch die des leichteren getilgt sei: poena major absorbet mi-

28) So braucht der Diebstahl mit Einsteigen und Einbruch (§. 243 Nr. 2) nicht nothwendig Hausfriedensbruch (123) und Sachbeschädigung (§. 303), die Brieferöffnung (§. 299) nicht nothwendig Sachbeschädigung (§. 303), die Gefangenenbefreiung (§. 120) und die Rechtsbeugung (§. 336) nicht nothwendig Begünstigung (§. 257), die Brandstiftung (§§. 306, 308) und Verursachung einer Ueberschwemmung (§. 312) nicht nothwendig Sachbeschädigung (§. 303), die ungerechte Strafvollstreckung (§. 345) nicht nothwendig Freiheitsentziehung (§. 239), die gewaltsame Unzucht (§§. 176, 177), die falsche Anschuldigung (§. 164) und die Aufforderung zu strafbaren Handlungen (§§. 48, 49a) nicht nothwendig eine Beleidigung (§. 185) zu enthalten, — und dennoch wäre es nicht bloß pedantisch, sondern unrichtig, zugleich wegen dieser anderen Delicte zu strafen. Im Einzelnen siehe über diese und andere Fälle (und auch über das Verhältniß der Münzdelicte zum Betrug) den Besonderen Theil. — Der Satz, daß ideale Concurrenz vorliegt, sobald das eine Delict über das andere hinausragt (vgl. den Angriff auf diesen Satz bei Binding, Handb. I S. 349 Anm. 1) ist unrichtig mit Beziehung auf das rein logische, richtig mit Beziehung auf das Verhältniß der Delicte im Sinne des Gesetzes. Unverkennbar ist, daß wir es auch hier mit einem abkürzenden Verfahren des Gesetzes (vgl. Gerichtssaal 1881 S. 104) zu thun haben.

29) Vgl. Savigny, de concursu delictorum formali Marburg 1800; Wächter, Vorlesungen S. 291.

30) Lex 2 pr. Dig de privatis delictis 47, 1; Lex 7 §. 5 Dig. de accusationibus 48, 2; Lex 9 Cod. de accusationibus 9, 2. — Vgl. allerdings auch Lex 5 Dig. de quaestionibus 48, 18, die für Strafschärfung zu sein scheint.

norem[31]), ein Satz, der insbesondere auch in der Zeit nach der Carolina zur Geltung gelangte und zum Theil auf Bestimmungen der Carolina selber[32]) gestützt wurde[33]). Ebenso wurde derselbe anerkannt von den meisten neueren Gesetzgebungen[34]), wie derselbe insbesondere auch im preußischen St.G.B. sowie im Reichs-St.G.B. Geltung erlangte. Freilich mit Unrecht, da der Höchstbetrag der Strafe des schwersten Delictes schon durch das letztere selbst gefordert sein kann und in diesem Falle also die Möglichkeit einer Mitberücksichtigung der übrigen Delicte hinwegfällt[35]). Vielmehr müßte auch im Falle idealen Zusammentreffens (vgl. das unten über das reale Zusammentreffen Gesagte) nicht nur ein Hinausgehen über die Strafe des schwersten Delictes[36]), sondern eine ermäßigte Gesammtstrafe zur

31) So von den italienischen Criminalisten besonders Julius Clarus, nachdem seine Vorgänger meist dem römischen Grundsatze gefolgt waren.

32) So auf die Vorschrift der Carolina (Art. 163), daß bei dem Zusammentreffen erschwerender Umstände nur der weitestgehende maßgebend sein solle. Auch auf Art. 108 der Carolina, wo bestimmt ist, daß der durch Begehung eines neuen Delictes begangene Bruch der sog. Urfehde neben jenem Delicte nicht noch besonders bestraft werden solle.

33) Für Absorption u. A. Carpzow und Boehmer sowie die meisten Neueren; doch ist bei Einigen nicht klar, ob nicht mehr an die sog. Gesetzesconcurrenz als an ideale Concurrenz gedacht ist.

34) Nicht von allen, da vielmehr das preußische Landrecht theils Strafschärfung, theils Strafenhäufung und Bayern 1813, Sachsen 1838, Württemberg 1839 und Hessen-Darmstadt 1841 Strafschärfung verhängten. Absorption hat dagegen auch der Code pénal, wovon nur einzelne Ausnahmen gemacht sind.

35) Nachgerade allgemein anerkannt; vereinzelt a. M. Hiller, Z. von Grünhut 1885 S. 153; Kärcher, Gerichtssaal 1883 S. 504. Allerdings aber kommt auch hier in Betracht, daß das Gesetz sich auf die Strafzumessung verläßt, deren Grenzen der Regel nach weit genug sind; vgl. Gerichtssaal 1881 S. 104, 141. — Vor Allem ungeeignet ist die Absorption bei dem gleichartigen idealen Zusammentreffen; ja man kann sagen, daß, wenn der Gesetzgeber an diesen Fall des idealen Zusammentreffens gedacht hätte, er wohl eine andere Regelung getroffen haben würde.

36) So Wächter, Vorlesungen S. 292.

Anwendung kommen, nur daß deren Grenze nach oben hin enger als bei dem realen Zusammentreffen gesteckt sein könnte. Einer völlig gleichen Behandlung des idealen und des realen Zusammentreffens[37]) steht entgegen[38]), daß bei der Einheitlichkeit der Handlung und des Entschlusses durchschnittlich genommen das ideale Zusammentreffen sich als die geringere Art der Verschuldung darstellt. Kein begründeter Einwand ist, daß die Strafe des zusammengesetzten Delictes (siehe oben Seite 476 f.) zum Theil über die Summe der Strafen der einzelnen Delicte hinausgeht[39]) sowie daß gerade die Begehung ideal zusammentreffender Delicte das Zeichen besonderer Rohheit sein kann[40]).

7) Zur Einheit der Handlung genügt nicht, daß sich die eine Thätigkeit an die andere anschließt[41]); vielmehr ist erforderlich, daß sie mindestens zu einem Theile zusammenfallen[42]). Andererseits ist nicht erforderlich, daß dies Zusammenfallen ein vollständiges sei; vielmehr genügt es, daß ein Theil der einen Thätigkeit sich zugleich als ein Theil der anderen Thätigkeit darstellt. Nicht genügt also, daß das eine Delict in einer Pause des anderen Delictes verübt ist[43]). Sind beide Hand-

37) Hierfür in neuerer Zeit die Meisten. So John, fortgesetztes Verbrechen S. 111; Geyer, Gerichtssaal 1861 S. 43 ff., Grundriß I S. 184; v. Buri, Einheit und Mehrheit S. 11; Rosenblatt, Strafenconcurrenz S. 50; Hälschner, Strafrecht I S. 672 f., 676; Merkel, v. H. Handb. IV S. 231; Binding I S. 571, 575 f.; Habermaas, ideale Concurrenz S. 81 ff.

38) Richtig Wächter, Lehrbuch I S. 319, Vorlesungen S. 291; Schwarze, Gerichtssaal 1882 S. 582; Berner, Grundsätze S. 122, Lehrb. S. 280; Schütze, Z. für Strafr.wiss. 1883 S. 87 f.

39) Sache des Gesetzgebers ist es eben, da, wo dies ausnahmsweise der Fall ist, eine besondere Strafbestimmung zu geben.

40) Denn es ist nur von einer durchschnittlich geringeren Verschuldung die Rede.

41) Vgl. Reichsgericht III 15. Mai 1880.

42) In demselben Schriftstücke verübte Delicte können je nach Umständen als fortgesetztes Delict oder als ideal oder real concurrirende Delicte erscheinen, insbesondere auch danach, je nachdem das Schreiben selbst oder die Absendung in Betracht kommt.

43) Binding, Handb. I S. 582.

lungen sehr ausgedehnt, indem beide etwa aus fortgesetzten Delicten bestehen, so kann es sein, daß verschiedene Stücke derselben zeitlich sehr weit von einander getrennt sind. Ja es macht das fortgesetzte Delict auch zeitlich völlig auseinander liegende Delicte zu ideal mit ihm selbst concurrirenden Delicten, womit aber nicht gesagt ist, daß dieselben auch unter sich als ideal concurrirende Delicte erscheinen[44]).

8) Fragt sich aber, welches die schwerste Strafdrohung sei, so ist in dieser Beziehung bei gleichen Strafarten das höhere Strafmaß entscheidend, in welcher Beziehung nicht der höhere Durchschnitt zwischen Mindest- und Höchstbetrag[45]), sondern zunächst der höhere Höchstbetrag und erst in zweiter Linie der höhere Mindestbetrag in Betracht kommt[46]). Ist ein höherer Höchstbetrag und ein geringerer Mindestbetrag gedroht, so kommt es darauf an, auf welche Strafe im einzelnen Falle erkannt wird. Bei ungleichen Strafarten dagegen ist die schwerste Strafart maßgebend, was im Gesetze selbst unbedingt hingestellt ist, im Sinne des Gesetzes aber durch die Rücksicht auf das Werthverhältniß der verschiedenen Strafarten (St G.B. §. 21) eine Einschränkung erleidet[47]), sodaß z. B. die Gefängnißstrafe sich nicht in allen Fällen gegenüber der Festungshaft und selbst die Freiheitsstrafe nicht in allen Fällen gegenüber der Geldstrafe als die schwerere Strafdrohung darstellt. In beiden Fällen greift ferner die Androhung von Nebenstrafen ein, wonach auch dasjenige Strafgesetz, welches die geringere Hauptstrafe droht, dennoch das schwerere sein kann[48]). Darüber, in welchen Grenzen dies der Fall ist, sowie darüber,

44) Anderer Mg. Binding, Handb. I S. 584.

45) So Merkel, v. H. Handbuch II S. 583 f.

46) Schwarze, Gerichtssaal 1882 S. 599 f.

47) Anderer Mg. Schwarze, Gerichtssaal 1882 S. 596 (allgemein); Hälschner I S. 685; Olshausen, N. 27 zu §. 73; Geyer, Grundriß I S. 189 (mit Beziehung auf das Verhältniß von Festungshaft zu Gefängniß); Oppenhoff, N. 16 zu §. 73 (der zwischen Festungshaft unter fünf Jahren und darüber untercheidet) Richtig Thomsen, Gerichtssaal 1879 S. 35; Habermaas S. 34.

48) Anderer Mg. Olshausen, N. 27 zu §. 73; Habermaas S. 31, Richtig Reichsgericht II 12. März 1886.

wie sich das Verhältniß der Nebenstrafen zu einander gestaltet, kann nur das Ermessen im einzelnen Falle entscheiden. Niemals aber ist nach Lage des Gesetzes die Nebenstrafe des leichteren Delictes neben der Hauptstrafe des schwereren Delictes zur Anwendung zu bringen[49]), was natürlich nicht auf außerstrafrechtliche Maßregeln (polizeiliche Maßregeln und Privatgenugthuung) zu beziehen ist.

9) Keineswegs aber ist das leichtere Delict als nicht vorhanden zu betrachten. Vielmehr ist dasselbe bei der Strafzumessung in Betracht zu ziehen[50]), und zwar um so gewisser, als nur diese Möglichkeit einer Berücksichtigung bei der Strafzumessung die jetzige Regelung des idealen Zusammentreffens überhaupt erträglich erscheinen läßt. Und zwar ist es ein obligatorischer Straferhöhungsgrund, welcher aus dem Vorhandensein des leichteren Delictes hervorgeht[51]). Auch ergiebt sich von selbst, daß die Strafe nicht unter den Mindestbetrag der Strafe des leichteren Delictes hinuntergehen darf[52]), sowie daß nicht auf eine alternativ gedrohte mildere Strafe erkannt werden darf, wenn diese dem milderen Gesetze unbekannt ist[53]). Auch bedarf neben dem schwereren jedesmal auch das leichtere Delict einer Feststellung im Urtheil[54]), was von besonderer Wichtigkeit für die spätere Feststellung eines Rückfalls ist.

49) Ein mit Rücksicht auf die außerstrafrechtlichen Zwecke der Nebenstrafen sehr bedauerliches Ergebniß, wonach es z. B. nicht möglich ist auf die öffentliche Bekanntmachung des Urtheils (sofern dieselbe Strafe ist, siehe oben Seite 447) zu erkennen. Reichsgericht Plenum 17 April 1882; III 3. März 1884.

50) Reichsgericht II 17. Mai 1881.

51) Anderer Mg. Geyer, Grundriß I S. 188; Habermaas S. 28; Richtig Olshausen, Nr. 34 zu §. 73.

52) Anderer Mg. Thomsen, Gerichtssaal 1879 S. 44 f.; Bischoff, Gerichtssaal 1881 S. 142; Schwarze, Gerichtssaal 1882 S. 602; v. Liszt, Lehrb. S. 224; Reichsgericht III 8. Februar 1883, IV 24. April 1885, I 15. Juni 1885. Richtig Olshausen, N. 35 zu §. 73; v. Prittwitz, Goltd. Archiv 1882 S. 160 f.; Reichsgericht I 3. März 1881.

53) Anderer Mg. Thomsen S. 51 ff. Richtig Olshausen, N. 35 zu §. 73.

54) Anderer Mg. Merkel, v. H. Handb. IV S. 229; v. Buri, Einheit und Mehrheit S. 110; Schwarze, N. 7 zu §. 73; Hälschner, Strafrecht I S. 683. — Richtig Lehmann, Goltd. Archiv 1871 S. 738;

Durchaus unbegründet ist, daß ein solches Delict, z. B. der neben der Urkundenfälschung zu strafende Betrug, nicht als rückfallbegründend in Betracht komme[55]). Ueber die Frage, ob im Falle der Verneinung eines concurrirenden Delictes neben der Verurtheilung wegen des anderen Delictes eine ausdrückliche Freisprechung von demselben erforderlich sei[56]), sowie über die Frage, ob nach der rechtskräftigen Aburtheilung des einen Falles der andere noch nachträglich abgeurtheilt werden könne[57]), vgl. das Strafprozeßrecht.

§. 61 (68).

b) Das reale Zusammentreffen[1]).

1) Liegen dagegen mehrere zeitlich von einander getrennte Delicte zur Bestrafung vor — reales (auch materielles oder mehrthätiges) Zusammentreffen (St.G.B. §. 74) —, so wäre es noch viel ungeeigneter als bei dem idealen Zusammentreffen, die Strafe des einen Delictes als durch die des anderen getilgt zu erachten (Absorptionsprincip), und auch eine Schärfung der Strafe des schwersten Delictes muß in diesem Falle als offenbar unzureichend erscheinen. Andererseits kann aber auch in diesem Falle nicht eine unverminderte Anwendung oder Häufung sämmtlicher Einzelstrafen (Kumulationsprincip) als angemessen erscheinen. Theils, weil die spätere Verschuldung dadurch an

Fuchs, Anklage und Antragsdelicte S. 85; Hager, Gerichtssaal 1875 S. 101 f.; Oppenhoff, N. 13 zu §. 73; Olshausen, N. 14 zu §. 73; Reichsgericht I 3. März 1881.

55) Anderer Mg. Merkel, v. H. Handb. IV S. 229; Schwarze, N. 7 zu §. 73; v. Liszt, Lehrb. S. 224; Binding, Grundriß 2. Aufl. (anders 3. Aufl. S. 174); Habermaas S. 27 f. — Richtig Haager, Gerichtssaal 1875 S. 101 f.; Oppenhoff, Nr. 13 zu §. 73; Olshausen, N. 24 zu §. 73.

56) Verneint vom Reichsgericht I 13. October 1883.

57) Verneint vom Reichsgericht I 23. December 1880, II 27. Mai 1881, II 7. November 1884. Eine Ausnahme wurde gemacht für die Erledigung des ersteren Straffalls durch vorläufige Straffestsetzung (Strafbefehl oder Strafverfügung); Reichsgericht II 2. October 1883.

1) Außer den zu §. 60 angeführten Schriften Herzog, Gerichtssaal 1878 S. 367 ff.; Teichmann, Gerichtssaal 1880 S. 401 ff.; Kärcher, Gerichtssaal 1884 S. 431 ff.; Katz, daselbst S. 573 ff. (das Verhältniß der Einzelstrafe zur Gesammtstrafe).

Gewicht verliert, daß ihr eine noch ungeahndete andere Verschuldung voraufging[2]); theils weil das Gewicht (die Intensität) der einen Strafe durch ihr Zusammentreffen mit anderen Strafen, insbesondere die Wirkung einer Freiheitsstrafe durch eine vorangegangene andere Freiheitsstrafe vermehrt wird[3]); theils weil durch die Häufung der Strafen das Verhältniß derselben zu den verschiedenen Delictsarten eine Verschiebung erleidet[4]); theils weil die Empfänglichkeit des Thäters für die Strafe (seine Straffähigkeit) doch nur eine beschränkte ist[5]); vor Allem aber, weil der Zweck der einen Strafe schon theilweise durch die andere Strafe erfüllt wird[6]). Unrichtig ist, daß der subjective Gesichtspunct der Bestrafung Absorption, der objective Gesichtspunct Kumulation der Strafen verlange, woraus sich als Mittleres eine ermäßigte Gesammtstrafe er-

2) So v. Schwarze, Gerichtssaal 1882 S. 606; Berner, Lehrbuch S. 279 f.; v. Buri, Gerichtssaal 1883 S. 527 f.; Loening, Grundriß S. 88. Vgl. auch Krauß, Psychologie des Verbrechens S. 313 (wo der Ausspruch einer Kindesmörderin berichtet wird, daß ihr der letzte Mord darum leichter geworden sei, weil er nicht mehr der erste gewesen). Andererseits Katz, Gerichtssaal 1886 S. 581.

3) Es ist dies der am Meisten, und meist ausschließlich hervorgehobene Grund. Vgl. Bauer, Abhandlungen II S. 44 ff.; Mittermaier, Anm. 4 zu Feuerbach §. 126; Köstlin, System I S. 136; Wächter, Vorlesungen S. 282; v. Schwarze, Gerichtssaal 1882 S. 606; v. Buri, Gerichtssaal 1883 S. 527 f., Einheit und Mehrheit S. 69 f., 72; v. Liszt, Lehrbuch S. 274; Geyer, v. H. Encycl. S. 917; Habermaas, id. Konk. S. 95; Katz, Gerichtssaal 1886 S. 582. Auch die Motive zu den Entwürfen des St.G.B. — Nicht steht entgegen, daß im einzelnen Fall die ungetrennte Vollstreckung dem Verurtheilten lieber sein kann, sowie daß durch die Dauer der Vollstreckung der Verurtheilte an dieselbe gewöhnt wird. Wohl aber ist jener Grund geeignet, zu der allgemeineren Vorschrift zu führen, daß alle hintereinander abzubüßenden Freiheitsstrafen einer Strafermässigung unterliegen.

4) Vgl. besonders v. Buri, Gerichtssaal 1883 S. 527 f.

5) Vgl. besonders Merkel, v. H. Handbuch II S. 581 ff.; v. Liszt, Lehrbuch S. 274; Schütze, Z. für Strafrechtswiss. 1883 S. 80 ff.; Loening, Grundriß S. 88.

6) So Gessler, Goltd. Archiv 1862 S. 152; v. Buri, Kausalität S. 51 f., 69 f., Gerichtssaal 1883 S. 527 f.; Hälschner, Strafr. I S. 678 f, Loening, Grundriß S. 88 und die früheren Auflagen.

gebe[7]). Schief war auch die Zusammenrechnung von Werthbeträgen, welche in älteren Gesetzen bei concurrirenden Vermögensdelicten vorgeschrieben war. Das Richtige ist also auch hier die Verhängung einer ermäßigten Gesammtstrafe, wofür auch der Ausdruck „beschränkte" oder „intensive" oder „juristische" Kumulation gebraucht wird, nur daß hier die Ermäßigung nicht eine so weit gehende wie bei dem idealen Zusammentreffen zu sein braucht. Auch ist diese Ermäßigung nicht etwa ein Widerspruch zu der bei dem Rückfall eintretenden Strafschärfung, da sich im Rückfall nur derjenige befindet, der durch eine dazwischen getretene Verurtheilung und Bestrafung gewarnt ist. Es liegt hier vielmehr folgende, in sich begründete Steigerung vor: Verübung eines Delictes vor erfolgter Verurtheilung wegen eines anderen Delictes: ermäßigte Gesammtstrafe; Verübung eines Delictes nach erfolgter Verurtheilung, aber vor eingetretener Rechtskraft und Vollstreckung des Urtheils: die Summe der Einzelstrafen[8]); Verübung eines Delicts nach eingetretener Rechtskraft und Vollstreckung des früheren Urtheils: Strafschärfung wegen Rückfalls.

2) Was die Behandlung des realen Zusammentreffens im positiven Rechte betrifft, so wurde im römischen Rechte der schon bei dem idealen Zusammentreffen geltende Grundsatz „quot delicta, tot poenae" um so mehr hier zur Anwendung gebracht. Ebenso im älteren deutschen und im canon. Recht, bis nach dem stärkeren Aufkommen der Leibes- und Lebensstrafen auch in diesem Falle meist das Absorptionsprincip befolgt[9]) oder eine Schärfung der Strafe des schwersten De-

7) John, Goltd. Archiv 1855 S. 635; fortgesetztes Verbrechen und Verbrechensconcurrenz S. 165 f.

8) Unrichtig also der von mehreren Seiten gemachte Vorschlag, eine Strafermäßigung auch dann eintreten zu lassen, wenn das eine Delict erst nach der Aburtheilung des anderen begangen wurde. So Wächter, Vorlesungen S. 229; Geyer, Grundriß I S. 690; Rosenblatt, Strafenconcurrenz S. 6 f. Abgesehen von derjenigen Strafermäßigung, die (vgl. Anm. 3 am Ende) schon durch die hinter einander erfolgende Verbüßung von Freiheitsstrafen als solche angemessen erscheint.

9) Vgl. das Sprüchwort: Wer einen erwürgt, darf zehn ermorden. Für Absorption insbesondere auch Carpzow (quaestio 132 n. 7 ff.), gegen den erst Boehmer und Leyser auftraten. Vgl. Hälschner, preuß. Strafrecht I S. 493.

lictes für genügend erklärt[10]) oder eine ermäßigte Gesammtstrafe, bezw. die Summe aller Strafen zur Anwendung gebracht wurde[11]). Große Verschiedenheit zeigte sich auch unter den neueren Gesetzen[12]), bis das geltende Recht sich im richtigen Sinne, nämlich für eine ermäßigte Gesammtstrafe entscheidet (St.G.B. §. 74), wovon nur in einzelnen Nebengesetzen Ausnahmen gemacht sind[13]).

3) Getrennt müssen die Delicte in dem Sinne sein, daß unter ihnen nicht ein Zusammenhang der oben (Seite 494 f.) genannten Art vorliegt[14]). Nicht steht entgegen, daß sie an dem gleichen Gegenstande verübt sind, wonach mehrere derselben Person zugefügte Verletzungen, ja auch die mehrfache Entwendung derselben Sache[15]) sehr wohl eine Mehrheit von Delicten sein kann.

4) Auch das reale Zusammentreffen kann ein gleichartiges oder ungleichartiges sein, was im Gesetze (§. 74)

10) Vgl z. B. die Entscheidung bei Rhamm, die betrüglichen Goldmacher am Hofe des Herzogs Julius, Wolfenbüttel 1883 S. 54.

11) Vgl. Wächter, Lehrbuch I S. 256 ff. Für Kumulation der Strafen Feuerbach, Martin, Marezoll, Heffter. Für Kumulation bei Ungleichartigkeit, Absorption bei Gleichartigkeit Sander, Archiv 1836 S. 362.

12) Für Absorption Oesterreich 1852, Bayern 1861 (jedoch mit Ausnahmen für Vermögensdelicte). Für Strafschärfung Preußen 1794 (bei Gleichartigkeit der Delicte), Württemberg 1839, Baden 1845, Sachsen 1855 und 1868, auch Belgien 1867 (bis auf das Doppelte der schwersten Strafe). Für (unverminderte) Kumulation Preußen 1794 (bei Ungleichartigkeit der Delicte), Bayern 1813, Preußen 1851 (geändert durch Gesetz von 1853).

13) Gewerbeordnung §. 150, Braumalzsteuer §. 35, Branntweinsteuergesetz §. 67, Brausteuergesetz §. 30, 34, Reichsstempelgesetz §. 8; Spielkartenstempelgesetz §. 10. Reichsgesetz I 6. November 1884, II 10. Sept. 1884.

14) Ob das Verbreiten eines Preßerzeugnisses von verschiedenen Orten aus ein Delict sei oder mehrere real concurrirende Delicte darstelle (Schütze, Z. für Strafrechtswiss. 1883 S. 70, S. 263 ff.; Stenglein, Gerichtssaal 1883 S. 24 ff.), hängt davon ab, welche Thätigkeit zum Zwecke der Verbreitung verübt wurde. Richtig v. Liszt, Zeitschr. für Strafrechtswiss. 1883 S. 707; Olshausen, N. 19 zu §. 73.

15) Reichsgericht II 20. October 1885.

ausdrücklich gesagt ist, woran aber auch in diesem Falle keine rechtliche Verschiedenheit geknüpft ist.

5) Was aber jene ermäßigte Gesammtstrafe betrifft, so sind deren Grenzen im geltenden Recht augenscheinlich zu weit gezogen, da einerseits ein Hinaufgehen bis zur Summe der Einzelstrafen (ausschließlich derselben) und andererseits ein Hinabgehen bis zur Strafe des schwersten Delictes (ausschließlich derselben) für zulässig erklärt ist. An sich keineswegs zutreffend, ist auch diese Regelung nur aus dem äußeren Grunde zu erklären, daß eine genauere Regelung allzu umständlich und insofern weniger brauchbar sein würde[16]). Nur die Begrenzung ist im geltenden Recht noch gegeben (§. 74 Abs. 3), daß die Gesammtstrafe mehrerer mit zeitlicher Freiheitsstrafe bedrohten Delicte nicht ein bestimmtes Maß von Freiheitsstrafe überschreiten dürfe, welches für Zuchthaus und Festungshaft auf 15, für Gefängniß auf 10 Jahre[17]) bestimmt ist[18]). In ähnlicher Weise ist für den Fall der Umwandlung von Geldstrafen in Freiheitsstrafen bestimmt, daß in diesem Fall auf nicht mehr als zwei Jahre Gefängniß (bei Verbrechen und Vergehen), bezw. drei Monat Haft (bei Uebertretungen) erkannt werden soll (§. 78 Absatz 2)[19]). Ausgeschlossen ist nach dem

16) Vgl. Gerichtssaal 1881 S. 141; auch Schwarze, Gerichtssaal 1882 S. 614. — Noch weiter ging die preußische Novelle von 1853, gemäß welcher nach oben die Summe aller Strafen und nach unten die Strafe des schwersten Delictes erreicht werden durfte. Eigenthümlich stellt sich das Ergebniß nach dem geltenden Recht, wenn wegen zweier Fälle auf je einen Tag Freiheitsstrafe zu erkennen ist, in welchem Falle (vgl oben Seite 416) das eine Delict straflos bleibt; vgl. Cleß, Württemb. Gerichtsblatt 1883 S. 216.

17) Außer wo schon ohnedies bis auf 15 Jahre Gefängniß erkannt werden kann, wie dies nach §. 57 Nr. 1 des St.G.B. der Fall ist.

18) Wie die hiernach vorzunehmende Ermäßigung zu geschehen habe, ist dem Ermessen des Gerichts überlassen. Für Ermäßigung bei den einzelnen Delicten im gleichen Verhältniß Wächter, Vorlesungen S. 287 f.; Hälschner, Strafrecht I S. 690.

19) Wird neben der Gesammtfreiheitsstrafe auf Geldstrafe erkannt und diese in Freiheitsstrafe verwandelt, so kann das oben genannte Gesammtmaß von Freiheitsstrafe (15, bezw. 10 Jahr) entsprechend überschritten werde.

geltenden Recht, abweichend von früheren Gesetzen[20]), das Aufsteigen in eine höhere Strafart.

6) Ausgenommen von der Strafermäßigung ist nach dem geltenden Recht a) der Fall, wenn wegen des einen Delictes auf Todesstrafe oder lebenslängliche Freiheitsstrafe erkannt wird, sodaß, in offenbar ungeeigneter Weise, neben diesen Strafen noch auf jede andere Strafe erkannt werden kann[21]); b) der Fall, wenn Festungshaft nur mit Gefängniß oder Haft mit irgend einer anderen Freiheitsstrafe zusammentrifft (§. 75, §. 77 Absatz 2)[22]); c) wenn auf Geldstrafe oder Verweis, sei es neben einander oder neben anderen Strafen erkannt wird[23]).

7) Hinsichtlich der Nebenstrafen ist ausdrücklich bestimmt, daß auf eine solche auch dann zu erkennen ist, wenn sie nur neben einer der Einzelstrafen verwirkt ist (§. 76). Dabei ist das für die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte in §. 32 des St.G.B. aufgestellte Erforderniß, daß auf wenigstens drei Monat Gefängniß erkannt sein müsse, nicht auf die Gesammtstrafe, sondern auf die Einzelstrafe zu beziehen[24]). Ebenso kann in diesem Falle auch neben einer aus Zuchthaus-

20) Vgl. Carolina Art. 161 und 162 sowie Sachsen 1855 u. 1868 Art. 78 in Verbindung mit Art. 299.

21) Anderer Mg. Thomsen, Gerichtssaal 1879 S. 327 ff.; v. Schwarze, N. 12 zu §. 74; Hälschner, Strafr. I S. 688; Wächter, Vorlesungen S. 284, 285 Anm. 1; Berner, Lehrb. S. 283; Loening, Grundriß S. 88 die es für selbstverständlich erachten, daß auch nach dem geltenden Recht neben der Todesstrafe und lebenslänglicher Freiheitsstrafe die anderen Strafen hinwegfallen. Richtig Schütze, Lehrb. S. 199; Oppenhoff, N. 20 zu §. 74; Olshausen N. 4 zu §. 74; v. Liszt, Lehrb. S. 275; Binding, Handb. I S. 173.

22) Was nicht ausschließt, daß, wenn Festungshaft oder Gefängniß mehrfach verwirkt sind, hinsichtlich der mehreren Strafen gleicher Art Gesammtstrafen gebildet werden (§. 75 Absatz 2). Auch darf die Gesammtdauer auch von Gefängniß und Festungshaft nicht 15 Jahr übersteigen. — Gleich ist, ob die Haft wegen Uebertretung oder (ausnahmsweise) wegen Vergehen erkannt wird.

23) Siehe jedoch das oben (Seite 471 f.) über die Umwandlung von Geldstrafe in Freiheitsstrafe Gesagte. Unzulässig wäre es, aus den substituirten Freiheitsstrafen eine Gesammtstrafe nach §. 74 zu bilden. Reichsgericht III 15. April 1882.

24) Reichsgericht I 5. Februar 1880.

strafe bestehenden Gesammtstrafe (vgl. St.G.B. §. 32 Absatz 2) auf weniger als zwei Jahre Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden[25]). Dabei kommen zeitlich verlaufende Nebenstrafen gleicher Art nicht etwa nach einander, sondern neben einander zur Vollstreckung, sodaß die ihrer Zeitdauer nach längste maßgebend ist und die zulässige Dauer der einzelnen Nebenstrafe niemals überschritten werden darf[26]). Wohl aber kann eine ihrem Umfange nach beschränktere Nebenstrafe von längerer Dauer über eine umfassendere von kürzerer Dauer hinausgehn[27]).

8) Jedes der verschiedenen Delicte ist mit der ihm gebührenden Strafe im Urtheil festzustellen, wobei die Strafanwendung in der Weise geschehen kann, daß die Strafe eines jeden Delictes mit der erforderlichen Ermäßigung ausgesprochen wird, oder in der Weise, daß die Strafe des schwersten Delictes[28]) als sog. Einsatzstrafe behandelt und dann ausgesprochen wird, um welchen Betrag dieselbe der übrigen Delicte wegen erhöht werden solle[29]), wofür der Ausdruck Zusatzstrafe gebraucht wird.

9) Als Voraussetzung für die Bildung einer Gesammtstrafe ist im geltenden Recht nicht behandelt, daß die verschiedenen Delicte gleichzeitig zur Aburtheilung gelangen[30]). Vielmehr genügt, daß sie sämmtlich vor der Aburtheilung des letzten begangen wurden[31]), also gemeinschaftlich hätten zur Ab-

25) Anderer Mg. Hälschner, Strafr. I S. 690 Anm. 4; Olshausen, N. 2 zu § 76.

26) Reichsgericht II 12 Mai 1882.

27) So die Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter über den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte.

28) Mit Berücksichtigung aller Strafänderungs- und Strafzumessungsgründe; Reichsgericht III 3. Januar 1880.

29) Darüber, daß hierbei die Abstufung der Zuchthausstrafe nach Monaten einzuhalten ist, siehe Reichsgericht I 29. Januar 1883 und oben Seite 415 Anm. 40

30) So mit Recht, in Abweichung von den meisten Landesgesetzen, schon das preußische Strafprozeßgesetz vom 3. Mai 1852 Art. 131. Vgl. John, fortgesetztes Verbrechen und Verbrechensconcurrenz Berlin 1860; Olshausen, der Einfluß von Vorbestrafungen S. 32 ff.; Harseim, Gerichtssaal 1875 S. 466 ff.

31) Auch wenn die eine anderweite Bedingung der Strafbarkeit,

urtheilung gebracht werden können. Es kann also die Bildung einer Gesammtstrafe auch dann noch erfolgen, wenn das eine Delict schon abgeurtheilt ist und das andere erst nachträglich zur Aburtheilung gelangt (St.G.B. §. 79). Nicht steht entgegen, daß die frühere Aburtheilung auf Grund eines früheren Strafgesetzes erfolgte, sofern nur die Strafen des früheren und des geltenden Rechts mit einander in Vergleich gesetzt werden können[32]). Dabei ist unter Aburtheilung nicht die Rechtskraft, sondern die Verkündigung des früheren Urtheils zu verstehen[33]). Dasselbe Verfahren ist zulässig, wenn mehrere schon abgeurtheilte Delicte vorliegen, ja auch wenn die Bestrafung derselben schon ihrerseits in Form einer Gesammtstrafe erfolgte[34]). Zu dem Verfahren ist das Gericht verpflichtet und nicht etwa befugt sich auf das ihm vorliegende Delict zu beschränken, die Herabsetzung der Strafen dagegen einem nachträglichen Verfahren (siehe unten) zu überlassen[35]). Das Verfahren selbst aber besteht normaler Weise darin, daß das an zweiter, bezw. letzter Stelle urtheilende Gericht nunmehr eine Gesammtstrafe, bezw. eine neue Gesammtstrafe für alle schon abgeurtheilten und jetzt abzuurtheilenden Fälle findet, von welcher die etwa schon verbüßte Strafe in Abrechnung gebracht wird[36]). Doch genügt auch, wenn das Gericht die Festsetzung einer Zusatzstrafe zu der oder den früher erkannten Strafen aus-

z. B. beim Ehebruch die erfolgte Ehescheidung, erst später eintrat; Reichsgericht I 6. November 1882 (Entscheidungen), II 20. Februar 1883, Feriensenat 27. Juli 1883.

32) Anderer Mg. Schwarze, N. 10 zu §. 79, der die Bildung einer Gesammtstrafe in diesen Fällen niemals, andererseits Oppenhoff, N. 12 zu §. 79, der dieselbe jedesmal zuläßt. Richtig Olshausen, N. 3 zu §. 79.

33) Anderer Mg. Schütze, Lehrb. S. 201 Anm. 19; Rüdorff-Stenglein, N. 4 zu §. 79. Richtig die Meisten; auch Reichsgericht II 12. Mai 1880, I 10. Januar 1881, Feriensenat 27. Juli 1883.

34) Reichsgericht III 13. Mai 1882, IV 24. Oct. 1884, IV 12. Juni 1885.

35) Reichsgericht IV 2–5 Januar 1886.

36) Das frühere Urtheil, bezw. die früheren Urtheile hören also insoweit auf rechtskräftig zu sein, was aber den Beginn oder die Fortsetzung ihrer Vollstreckung, sowie den Eintritt einer selbständigen Verjährung nicht hindert. Katz, Gerichtssaal 1886 S. 584 ff.

spricht[37]). Dabei ist das Gericht nicht an das früher erkannte Strafmaß gebunden[38]). Wurde früher versäumt, die Einzelstrafen festzusetzen, so ist dies im jetzigen Urtheil nachzuholen[39]). Und zwar ist dies Verfahren auch dann zulässig, wenn zur Zeit der neuen Aburtheilung das frühere Urtheil noch nicht rechtskräftig sein sollte[40]), in welchem Falle jedoch es dem Gerichte freisteht, sich mit der Aburtheilung des neu hervorgetretenen Delictes zu begnügen und die Festsetzung einer Gesammtstrafe einem nachträglichen Verfahren zu überlassen.

10) Ja, es ist im geltenden Recht für die nachträgliche Bildung einer Gesammtstrafe auch dann noch gesorgt, wenn nicht mehr ein noch abzuurtheilendes Delict vorliegt, vielmehr über die verschiedenen Delicte, wegen deren eine Gesammtstrafe hätte erkannt werden können, durch verschiedene Urtheile erkannt ist. Und zwar ist diese Möglichkeit durch eine Anordnung der Strafprozeß-Ordnung gegeben (§§. 492, 494), durch welche in diesem Falle ein Nachtragsurtheil für zulässig erklärt ist[41]), dessen Aufgabe in diesem Falle nicht in der Verhängung einer Zusatzstrafe, sondern nur in der nachträglichen Bildung einer Gesammtstrafe bestehen kann. Zuständig hierfür ist dasjenige Gericht, welches die schwerste, eventuell dasjenige, welches die letzte Strafe ausgesprochen hat.

11) Ausgeschlossen aber ist nach dem geltenden Recht (§. 79) die nachträgliche Bildung einer Gesammtstrafe dann,

37) Es bei der früher erkannten Strafe zu belassen, wäre nur dann zulässig, wenn schon sie eine Gesammtstrafe sein sollte, welche geeignet ist auch die neue Strafe in sich aufzunehmen (Reichsgericht III 13. Mai 1882 (Entscheidungen), oder wenn das zulässige Maaß der Gesammtstrafe (15 Jahr, bezw. 10 Jahr Freiheitsstrafe) schon durch die früher erkannten Einzelstrafen erreicht sein sollte.

38) Außer insoweit schon früher auf eine Gesammtstrafe erkannt war, wobei wiederum die Grundsätze über die Bildung einer Gesammtstrafe eingehalten werden müssen.

39) Reichsgericht II 20. Februar 1883.

40) Anderer Mg. Schwarze, N. 4 zu §. 79; Harseim, Gerichtssaal 1875 S. 470 f.; Binding, Grundriß S. 177; Geyer, Rechtslexicon (Concurrenz). Richtig Merkel, v. Holtz. Handb. IV S. 235; Oppenhoff, N. 5 zu §. 79; Olshausen, N. 7 zu §. 79; Reichsgericht III 6. Juli 1881.

41) Vgl. Reichsgericht Feriensenat 27. Juli 1883.

wenn die früher erkannte Strafe[42]) inzwischen schon rechtlich erledigt ist, d. h. durch Verbüßung, Begnadigung oder Verjährung rechtlich getilgt wurde. Mit Unrecht, da auch in diesem Falle ein wesentlicher Theil der Gründe, aus denen eine Strafermäßigung angemessen erscheint, zutrifft[43]). Gemeint ist übrigens vollständige Strafverbüßung, während bei nur theilweiser Verbüßung die Bildung einer Gesammtstrafe allerdings als zulässig erscheint, von der dann die theilweise schon vollstreckte Strafe (durch die Strafvollstreckungsbehörde) nachträglich in Abzug gebracht wird[44]).

12) Die nachträgliche Bildung einer Gesammtstrafe ist nicht dadurch ausgeschlossen, daß das frühere Urtheil und das jetzige, bezw. daß alle in Betracht kommenden Urtheile von den Gerichten verschiedener Bundesstaaten ausgesprochen werden. Was aber die Frage betrifft, welchem Staate in diesem Falle die Vollstreckung zufällt, so müßte dieselbe vom allgemeinen Standpunct dahin beantwortet werden, daß in dieser Beziehung dasjenige Gericht, von welchem das letzte Urtheil, bezw. jenes Nachtragsurtheil gefällt wurde, in Betracht kommt. Da dies jedoch practische Unzuträglichkeiten veranlaßt, so ist hierüber eine Vereinbarung unter den deutschen Staaten getroffen[45]), vermöge deren auch in diesem Falle die Vollstreckung überwiegend möglicherweise den Gerichten, welche die Einzelstrafen ausgesprochen hatten, anheimfällt.

42) Womit nur die Hauptstrafe gemeint ist. Anderer Mg. Merkel, v. H. Handb. IV S. 236; richtig Geyer, Rechtslexicon (Concurrenz).

43) Anderer Mg. Hälschner, Strafr. I S. 654; Schwarze, Gerichtssaal 1882 S. 618. Richtig John, fortges. Verbrechen und Verbrechensconcurrenz S. 61 ff.; Merkel, v. H. Handb. II S. 577 f.; Hrehorowicz, Grundbegriffe des Strafrechts 2. Aufl. S. 299 f.

44) Anderer Mg. Herbst, Goltd. Archiv 1876 S. 13 ff.; Reichsgericht I 17. Mai 1883. Richtig Schwarze, N. 3 zu §. 79; Olshausen, N. 8 zu §. 79.

45) Vgl. den schon oben (Seite 392 Anm. 10) erwähnten Bundesrathsbeschluß vom 11. Juni 1885, nach welchem auf Ersuchen derjenige Staat die Vollstreckung übernehmen soll, welcher nach dem Betrage der von seinen Gerichten erkannten Strafen an der Gesammtstrafe am Höchsten betheiligt ist, eventuell derjenige Staat, der schon in der Vollstreckung einer der Gesammtstrafe ihrer Art nach gleichen Einzelstrafe begriffen ist.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Meyer, Hugo,

Lehrbuch des Deutschen Strafrechts Von Hugo Meyer

Bd.: 1

Erlangen 1888

Crim. 177 tic-1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11584208-0